



UNIVERSIDADE CATÓLICA PORTUGUESA

**A Responsabilidade Penal das Pessoas
Coletivas no confronto com os artigos
137.º e 148.º do Código Penal
Âmbito do artigo 11.º do Código Penal**

Isabel Cristina Pinto Amorim

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

**A Responsabilidade Penal das Pessoas
Coletivas no confronto com os artigos
137.º e 148.º do Código Penal
Âmbito do artigo 11.º do Código Penal**

Isabel Cristina Pinto Amorim

Dissertação de Mestrado em Direito Criminal

Orientação: Professora Doutora Maria Paula Bonifácio Ribeiro de Faria

Faculdade de Direito | Escola do Porto

2019

A maior riqueza é a saúde¹

¹ Ralph Waldo Emerson.

Agradecimentos

À Universidade Católica Portuguesa – Escola de Direito do Porto, pelas excelentes condições e pelo exemplar ensino do direito.

À minha orientadora, Professora Doutora Paula Ribeiro de Faria, por me ter despertado a curiosidade na área do Direito Médico, pelas aulas cativantes que tive a honra de assistir, pela disponibilidade e ajuda ao longo deste percurso.

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, minha *Alma Mater*, à qual eu devo grande parte da minha formação, não apenas enquanto jurista mas também enquanto pessoa.

À minha cidade, cidade da Lixa, que se tornou o meu refúgio nas horas mais apertadas, onde sempre contei com um abraço reconfortante de familiares e amigos.

Às melhores amigas que Coimbra me deu, Beatriz e Vanessa, que apesar da distância me acompanham em todas as etapas da minha vida.

Aos colegas e amigos que fiz, ainda que em pouco tempo, na Universidade Católica Portuguesa.

Ao meu padrinho, Abílio, que me deu a conhecer, em tenra idade, o fascínio pelo Direito e pela Justiça.

Ao meu primo, Carlos Lúcio, que muito me tem ensinado nestes últimos meses.

Ao meu irmão, Manuel, que sempre foi e será o meu melhor amigo e o meu parceiro de todas as horas.

Ao meu namorado, Rúben, pelo amor, pela calma e pelo apoio que me transmitiu durante este percurso.

Aos meus avós, como referência de vida que são para mim. E, em especial, ainda que distante num outro mundo que não o nosso, ao meu avô Nelo, por quem sinto uma enorme saudade, pelo exemplo de pessoa que foi, pelo amor e carinho que outrora partilhamos e que ainda hoje sinto.

E, finalmente, mas de todos os agradecimentos, o mais importante, aos meus pais, António e Ana Maria, porque sem eles não estaria no lugar onde estou. A eles eu dedico esta dissertação, por nunca duvidarem das minhas capacidades, por me incentivarem todos os dias a ser mais e melhor, por todo carinho, amor, apoio e palavras de conforto ao longo da minha vida. Aquilo que sou hoje é graças a eles, aos meus pilares, aos meus pais.

Resumo/abstract

Trata-se aqui da responsabilidade penal das pessoas coletivas pelos crimes de homicídio e ofensas corporais negligentes dos arts. 137.º e 148.º do Código Penal, que não se encontra prevista pelo artigo 11.º do mesmo Código, sendo certo que podem decorrer graves lesões destes bens jurídicos por parte de pessoas coletivas, designadamente a atuar na área da saúde. Discute-se também a possibilidade de censurar diretamente a pessoa coletiva pelas deficiências apresentadas na sua estrutura e organização que se venham a repercutir negativamente nos mesmos bens jurídicos das pessoas ao seu cuidado.

The present dissertation will focus on the criminal liability of the legal persons for negligent homicide and physical injuries predicted by articles 137.º and 148.º of the Criminal Code, which is not included in the provision of article 11.º of the same Code, although these values can easily be affected by the activity of corporations, namely in the health sector. It is also refereed the possibility of a direct censorship of the collective structure for its decisions and poor organization which lead to the violation of individual rights.

Palavras-chave:

Responsabilidade Penal – Pessoas Coletivas – Homicídio negligente – Ofensas à integridade física negligentes – Culpa – Saúde – Entidades hospitalares.

Key Words:

Criminal Responsibility - Legal Persons - Negligent homicide - Neglecting physical offenses - Guilt - Health - Hospital entities.

Índice

Agradecimentos	v
Resumo/abstract	vii
Lista de Siglas e Abreviaturas	xi
Prefácio	xiii
Introdução	1
Parte I - Direito Penal e Direito da Saúde	2
1. Os crimes de homicídio negligente e de ofensas à integridade física negligentes no contexto médico-hospitalar	2
2. Direito Penal Médico e Gestão de riscos	4
3. O Direito à Saúde e o Sistema Nacional de Saúde	9
Parte II - A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas	14
1. Breve evolução histórica e influências do Direito Comunitário	14
2. Os problemas suscitados acerca da incapacidade de culpa e de ação das pessoas coletivas	16
4. A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas em Portugal	25
5. O rol de crimes imputáveis às pessoas coletivas – art. 11.º/2 do Código Penal	27
6. A problemática da exclusão das pessoas coletivas de direito público	29
Parte III - A responsabilidade médica-hospitalar em Portugal	35
Conclusão	37
Bibliografia	39

Lista de Siglas e Abreviaturas

Ac. – Acórdão

Al. – Alínea

Apud – Citado por

Art. – Artigo

CCCP – Comentário Conimbricense do Código Penal

CP – Código Penal

CRP – Constituição da República Portuguesa

DL – Decreto-Lei

EPE – Entidades Públicas Empresariais

EU – União Europeia

EUA – Estados Unidos da América

HIV – Vírus da Imunodeficiência Humana

I.e. – Isto é, ou seja, noutros termos

Lato sensu – em sentido amplo

Op. cit. – Da obra citada

PPP – Parcerias Público-Privadas

Rec. – Recomendação

Séc. – Século

SNS – Sistema Nacional de Saúde

TC – Tribunal Constitucional

TRG – Tribunal da Relação de Guimarães

TRP – Tribunal da Relação do Porto

V.g. – Por exemplo

Vide – ver

Prefácio

As principais razões que me levaram à elaboração do presente trabalho prendem-se com a emergência de formas cada vez mais diversificadas de criminalidade, principalmente com o desenvolvimento crescente da empresa enquanto pessoa jurídica e, portanto, capaz de cometer crimes, nomeadamente, contra a vida e integridade física.

Abordo, de forma mais específica, o caso das entidades prestadoras de cuidados de saúde, dada a importância das mesmas quanto aos bens jurídicos com que lidam e quanto à real ameaça e risco que a estes subjaz nas práticas hospitalares, seja pelos profissionais médicos, seja pelos hospitais enquanto pessoas coletivas.

Foi um tema que me despertou grande curiosidade, uma vez que inexistia em Portugal a responsabilização penal das pessoas coletivas relativamente a crimes negligentes de homicídio e ofensas à integridade física. A isto acresce ainda a minha particular preocupação com o nosso setor da saúde, o setor que mais interfere com o nosso corpo e com a nossa vida, ficando muitas situações carecidas de responsabilização impunes.

Introdução

A Medicina e o Direito são as áreas mais antigas da Humanidade, isto porque, a sociedade sempre teve necessidade de disciplinar as relações entre os seus membros e de cuidar dos seus doentes.

Desde 2007, o nosso ordenamento jurídico ficou marcado por uma grande reviravolta no que concerne à responsabilidade das pessoas coletivas. Vivemos num contexto onde a nova criminalidade emerge a um ritmo assustador e, face às novas exigências de prevenção e punição, o legislador viu-se no dever de consagrar, penalmente, a responsabilidade dos entes coletivos. Apesar das incertezas que ainda hoje alguns juristas demonstram, de uma forma geral a maioria entende favoravelmente esta necessidade de combater a criminalidade ligada às empresas.

Nas palavras de FARIA COSTA, “o grande e privilegiado centro da vida económica deixou de ser a pessoa individual para passar a ser – e de que maneira – a empresa, a pessoa coletiva”.²

A atividade médica lida com alguns dos bens jurídicos mais importantes: a vida, a integridade física, a saúde e a liberdade do paciente.

O tema que nos propomos aqui a tratar incide sobre a responsabilidade criminal das pessoas coletivas por violação de dois grandes direitos fundamentais do indivíduo – a integridade física e a vida – no exercício da medicina em estabelecimentos de saúde. Nesta vertente iremos problematizar a escassa amplitude do art. 11.º do CP, ligada ao facto de os crimes de ofensas à integridade física negligente e homicídio negligente não constarem do elenco dos crimes do n.º 2 do preceituado artigo.

A discussão que envolve a criminalização das pessoas coletivas está longe de ser pacífica e, ao longo dos tempos, vários foram os argumentos contra e a favor da mesma. De todos os problemas encontrados, aqueles em que mais se elevaram as vozes foram os da (in)capacidade de culpa e ação das pessoas jurídicas e, ainda, a natureza individual das penas.

Sobre este tema surgem importantes questões, desde já, saber de que forma as pessoas coletivas podem praticar crimes negligentes e se as pessoas coletivas podem ser responsabilizadas independentemente dos seus órgãos e representantes.

² Costa, Faria (2003) – *Direito Penal Económico*, Quarteto, p.49.

Parte I - Direito Penal e Direito da Saúde

1. Os crimes de homicídio negligente e de ofensas à integridade física negligentes no contexto médico-hospitalar

A responsabilização médica é algo recente, sendo discutida, sob um clima de desconfiança, a chamada “guerra fria³” entre juristas e médicos. Esta desconfiança é desvantajosa quer para aqueles que exercem a medicina, quer para aqueles a quem compete a realização da justiça e, mais ainda, para quem mais importa proteger – a população em geral, e os doentes em especial.⁴

Relativamente a este tema, as decisões judiciais encontram-se numa teia de outras decisões humanas e sociais, que têm a ver com a prossecução de atividades conexas com a saúde, a medicina e as ciências da vida, tais como, a decisão médica, a decisão pericial, a decisão científica, a decisão político-legislativa, a decisão administrativa, a decisão consultiva e decisão deontológica.⁵

Antes da entrada em vigor do CP de 1982, parte significativa da doutrina e jurisprudência nacionais inclinavam-se no sentido de considerar todas as intervenções e tratamentos médicos como ofensas corporais típicas.⁶ Ao longo do tempo foi-se construindo um regime que reconheceu a importância da regulação das atividades provindas da medicina, conferindo um tratamento privilegiado às mesmas (*vide* art. 150.º do CP)⁷.

Hoje, os médicos podem ser responsabilizados civilmente⁸, penalmente⁹ e disciplinarmente¹⁰.

³ Andrade, Costa (1999) no comentário ao art. 150.º, §7 – CCCP, Tomo I, Coimbra Editora, p. 460.

⁴ Cunha, Conceição (2003) - *Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, p. 809.

⁵ Coelho, Nuno (2013) em *Direito da Saúde – Responsabilidade Penal - Casuística – Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional*, Centro de Estudos Judiciários, Coleção Ações de Formação, Lisboa, p. 74.

⁶ Pacheco, Daniela (2014) – *A Violação do Dever de Cuidado no âmbito da Relação Médico-Paciente*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, p. 17.

⁷ Faria, Paula (1999) no comentário ao art. 148.º§35 – CCCP, Tomo I, Coimbra Editora, p. 418.

⁸ Para mais desenvolvimentos sobre a responsabilidade civil dos médicos consultar Rodrigues, Álvaro (2000) - “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo III, pp. 172-227.

⁹ Para mais desenvolvimentos ver Pacheco, Daniela (2014) – *op. cit.*, pp. 23-25.

¹⁰ Para mais desenvolvimentos consultar Rodrigues, Álvaro (2007) – *Da Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudos sobre os pressupostos sistemáticos*, Almedina, pp. 27-28.

Os médicos respondem penalmente quando violam uma norma tipificada pelo CP, sendo a mais gravosa modalidade de responsabilidade. Aqui, a responsabilidade é desencadeada pela negligência, onde podemos falar do homicídio negligente e ofensas à integridade física negligentes. O mesmo já não acontece – e com muita pena nossa – quando se tratam de entidades coletivas/hospitais, não estando prevista a sua responsabilização por estes mesmos crimes.

Na criminalização do homicídio negligente (art. 137.º do CP) quer-se proteger o bem jurídico vida. Este tipo de ilícito não se preenche quando a conduta do agente não criou, assumiu ou potenciou um risco não permitido para a vida da vítima ou, sendo a própria conduta em si perigosa, essa conduta se manteve dentro dos limites do risco permitido (aqui com enfoque na atividade médica, quando uma pessoa vem a falecer mesmo que o cirurgião tenha cumprido a *leges artis* na cirurgia).¹¹ O ilícito-típico negligente está sempre acompanhado pela violação, por parte do agente, do dever de cuidado imposto.¹²

O regime previsto para as ofensas à integridade física negligentes apresenta vários pontos semelhantes ao homicídio negligente, sendo mais um crime associado às práticas clínicas da saúde. Aqui pretende-se proteger, nas palavras de PAULA RIBEIRO DE FARIA, “a pessoa da vítima no seu todo, abrangendo a integridade corporal ou física em sentido estrito e a integridade moral ou psíquica, uma vez que o corpo e o espírito não são compartimentos estanques”.¹³ Este tipo legal tanto pode ser preenchido por ação como por omissão (se o agente se encontrar numa posição de dever de garante quanto ao bem jurídico lesado e reunindo os pressupostos do art. 10.º do CP) e é um tipo legal de resultado de dano que foi produzido pelo agente, sendo indiferente as ofensas serem simples ou graves, relevando apenas na determinação da medida da pena.¹⁴

¹¹ Dias, Figueiredo e Brandão, Nuno (2012) no comentário ao art. 137.º, §3 – CCCP, p. 176.

¹² Para mais desenvolvimentos consultar Dias, Figueiredo e Brandão, Nuno (2012) no comentário ao art. 137.º – CCCP, pp. 179 e ss.

¹³ Faria, Paula (2012) no comentário ao art. 143.º, §5 – CCCP, pp. 299 e ss.

¹⁴ Faria, Paula (2012) no comentário ao art. 148.º – CCCP, p. 400.

Neste âmbito relevam os critérios de imputação objetiva e o problema do risco permitido, uma vez que estes crimes negligentes resultam da violação de um dever objetivo de cuidado, previsto no art. 15.º do CP.¹⁵

No tocante aos hospitais ou serviços públicos de saúde, estes apenas respondem no foro administrativo através da Lei n.º 67/2007¹⁶, sendo inexistente a sua responsabilização criminal – problemática sobre a qual nos debruçaremos mais adiante. Já os hospitais de natureza privada podem ser responsabilizados penalmente através do art. 11.º do CP, contudo, uma vez que o elenco do n.º 2 do art. 11.º não abrange os crimes negligentes de homicídio e ofensas à integridade física, esses mesmos crimes ficam impunes por força do princípio da tipicidade.

2. Direito Penal Médico e Gestão de riscos

O direito penal, enquanto ramo de direito público e protetor de bens jurídicos, consubstancia a forma mais gravosa de responsabilidade do nosso ordenamento jurídico. As suas sanções interferem com a liberdade do indivíduo, configurando-se, assim, numa forte restrição de direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.¹⁷

A medicina, antigamente, era vista como um poder sobrenatural e era colocada num plano completamente separado do direito. Com a evolução dos tempos e a consciencialização da necessidade de proteção do indivíduo e dos seus direitos passou a ser vista como uma área científica capaz de ser regulada por normas jurídicas.

Apesar de se tratar de uma área de direito difícil de definir, quer por se encontrar em permanente evolução, quer pela tendência expansiva que revela, sabemos que o direito penal médico quer proteger os bens jurídicos consagrados pela norma.

No que toca ao exercício da medicina pelos profissionais, a reação penal interessa como valor coletivo, tendo sido tipificadas, ao longo do nosso CP, normas que visam a proteção da coletividade contra este tipo de crimes, desde logo, a violação

¹⁵ A violação do dever objetivo de cuidado integra, juntamente com a produção do resultado de ofensas ao corpo ou à saúde, o tipo objetivo de ilícito negligente, e traduz o desvalor da conduta próprio do facto negligente – Faria, Paula (2012) no comentário ao art. 148.º, §7 – CCCP, p. 401.

¹⁶ Regime da Responsabilidade Civil Extracontratual do Estado e Demais Pessoas Coletivas Públicas.

¹⁷ Aqui, a CRP, através do seu art. 18.º/2, limita o âmbito de intervenção do Direito Penal, no sentido em que só podem ser restringidos direitos, liberdades e garantias para que se possam salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos. Está inerente um conceito de dignidade penal e de necessidade penal.

dolosa da *leges artis* (art. 150.º/2), intervenções e tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários (art. 156.º), violação do dever de esclarecimento (art. 157.º), atestado falso (art. 260.º), alteração de análise ou receituário (art. 283.º/b)), recusa do médico (art. 284.º) com agravação prevista no art. 285.º.

Além destes crimes, também existem crimes comuns – que não são exclusivos dos profissionais – e que podem originar responsabilidade criminal, nomeadamente num contexto hospitalar, tais como, o homicídio a pedido da vítima (art. 134.º), o homicídio por negligência (art. 137.º), o aborto (art. 140.º e ss.), as ofensas à integridade física por negligência (art. 148.º), a procriação artificial não consentida (art. 168.º), a violação de segredo (art. 195.º), o aproveitamento indevido de segredo (art. 196.º) e a propagação de doença contagiosa (art. 283.º/a)).

A responsabilidade penal nesta área surge sobretudo na sequência de atos negligentes. O crime doloso consubstancia uma barreira psicológica, isto porque, supõe-se que nem o médico, nem os estabelecimentos de saúde vão lesar os seus doentes intencionalmente, tornando-se num contrassenso. No limite existe dolo eventual, mas dolo direto nunca, pelo menos não se conhece nenhum caso de dolo direto.

Falar de responsabilidade penal médica é falar de condutas que contendem com a vida, a integridade física ou a saúde da pessoa, sendo a medicina uma das áreas mais expostas à responsabilidade penal, pois existe um grande risco associado aos bens jurídicos fundamentais com que trabalham. E, se os médicos podem ser responsabilizados penalmente quando estes bens jurídicos são violados porque não os estabelecimentos hospitalares? Não é a violação do bem jurídico que releva para punição?

Dada a importância dos serviços de saúde e o risco que o desenvolvimento desta atividade envolve para os direitos fundamentais das pessoas, o Estado não se pode colocar de fora da sua regulamentação tendo, para isso, desenvolvido e criado instâncias específicas de regulação: a Entidade Reguladora da Saúde (ERS)¹⁸ e, dentro desta, o

¹⁸ Através da comunicação social facilmente constatamos o caótico funcionamento da saúde em Portugal. Os cidadãos queixam-se cada vez mais dos estabelecimentos de saúde públicos, privados e do setor social. Os principais descontentamentos nos serviços públicos estão ligados ao tempo de espera e ao acesso a cuidados de saúde (sobretudo falta de médico de família); no setor privado as principais razões de queixa devem-se a procedimentos administrativos e a cuidados de saúde e segurança do doente. Em 2017 a ERS recebeu mais de 80.000 reclamações e estima-se que em 2018 tenha ultrapassado as 110.000 reclamações – *in Público* disponível em <https://www.publico.pt/2018/05/21/sociedade/entrevista/saude->

Sistema Nacional de Avaliação em Saúde (SINAS). Além disto, desenvolveram-se também mecanismos de gestão do risco que servem como prevenção para os doentes.

No âmbito da medicina existem riscos mas, são os chamados riscos permitidos próprios da atividade médica. Este risco assenta num jogo de probabilidades e supõe uma ponderação entre as vantagens que se espera retirar – e que são retiradas – da prestação de cuidados de saúde – e as desvantagens, as consequências negativas eventuais, as complicações que podem surgir no decurso dessa atividade.¹⁹

É certo que o estado de saúde do indivíduo constitui um equilíbrio frágil, submetido aos riscos aleatórios da vida.²⁰ Esses riscos multiplicam-se nos ambientes dos estabelecimentos de saúde com internamento nos nossos dias, já por via da frequência dos acontecimentos adversos medicamentosos, já por ação de microrganismos altamente patogénicos em corpos debilitados.²¹

Atualmente, milhares de pessoas morrem em consequência de reações medicamentosas adversas, ocupando esta patologia iatrogénica, só nos EUA, uma posição entre a quarta e a sexta causa de morte.²² Já no campo das infeções hospitalares, também designadas pela expressão “infeções nosocomiais”, não são apenas os surtos infecciosos em hospitais, de que a Comunicação Social nos vai dando conta com regularidade impressionante, mas também lesões graves decorrentes dos estados infecciosos, designadamente septicemias fatais e, muitas vezes, tudo “justificado” sob a alegação de fatalidade inevitável.²³

Nas palavras de HOUDART, “a intervenção hospitalar tornou-se, cada vez mais, frequente e diversificada. Ela não diz respeito apenas à segurança médica e à proteção dos bens do doente internado, mas também assume um cariz extrapatrimonial. O desenvolvimento da intervenção hospitalar pode ser atualmente considerado, para além de um dever de proteção ou de uma obrigação suplementar posta a cargo da instituição hospitalar, como missão geral do serviço público hospitalar de assegurar ao doente o repouso, a tranquilidade e a segurança durante a sua estadia. Trata-se de uma genuína

[este-ano-o-numero-de-reclamacoes-devera-ultrapassar-as-110-mil-1830777](https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2231/Relat_rio_RECS_2017.pdf); e Relatório de 2017 da ERS, disponível em https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2231/Relat_rio_RECS_2017.pdf.

¹⁹ Faria, Paula (2010) – “O Erro em Medicina e o Direito Penal”, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 14, julho/dezembro, p. 15.

²⁰ Rodrigues, Álvaro (2013) – *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal – Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Almedina, p. 442.

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibidem*.

²³ *Ibidem*.

missão acessória. A par das suas prerrogativas e das suas funções, o exercício desta missão inscreve-se nas atribuições do Diretor, verdadeiro garante da proteção do doente”.²⁴

Nesta missão acessória, caracterizada pelo autor francês, é importante que seja respeitado o cuidado devido por parte dos órgãos e representantes do hospital, fazendo tudo ao seu alcance para minimizar os riscos do doente no que toca ao ambiente em que o mesmo irá receber tratamento, visto que a sua condição de saúde já é suficientemente debilitada, pois só por isso se dirige a um serviço de saúde.

Desta forma, podemos identificar, através da classificação tripartida de TABUTEAU²⁵, riscos terapêuticos, riscos clínicos e riscos sanitários que podem potenciar a responsabilização criminal médica hospitalar.²⁶ Os riscos terapêuticos são aqueles que concernem exclusivamente aos cuidados, tratamentos e todo o género de atos médicos curativos; os riscos clínicos são os que se verificam relativamente aos restantes atos médicos, designadamente aos atos preventivos (profiláticos); e os riscos sanitários dizem respeito ao conjunto de atividades do sistema de saúde e que, desta sorte, não são exclusivos dos atos dos profissionais de saúde, mas também concernem às decisões e intervenções das autoridades e dos dirigentes dos serviços.²⁷

Infelizmente, a nosso ver, a responsabilidade penal dos entes coletivos em Portugal encontra-se bastante longínqua do contexto francês, país onde os estabelecimentos hospitalares respondem criminalmente já desde 1994, com a entrada em vigor do atual *Code Pénal*.

No caso das organizações ligadas à saúde, havendo uma interligação com o meio envolvente, leva uma constante influência demográfica, legislativa, tecnológica, económica e financeira, acrescida ainda pelos fatores sociais e culturais de cada país.

A segurança dos utentes e dos profissionais é um dos pilares do modelo clássico de governação clínica que importa assumir como um valor de aferição da atividade das organizações hospitalares. A sua operacionalização concretiza-se numa política de gestão de risco, enquanto componente estratégica, que visa minimizar os riscos

²⁴ Houdart, Laurent (1996) – *La protection du Malade: mission accessoire du service public hospitalier garantie par le Directeur d'Hôpital*, Actualités JuriSanté, n.º 13, Avril, p. 8.

²⁵ Especialista em Responsabilidade Hospitalar, Conselheiro de Estado, Presidente da Secção Social e Codiretor do Instituto de Saúde Francês.

²⁶ Rodrigues, Álvaro (2013) – *A Negligência Médica Hospitalar... op. cit.*, p. 449.

²⁷ *Idem*, pp. 449-450.

associados à prática clínica, na perspetiva dos doentes, dos prestadores de cuidados e da organização.²⁸

Os avanços tecnológicos na área da saúde, a evolução nos procedimentos e equipamentos de diagnóstico, o desenvolvimento farmacológico e o melhor conhecimento dos processos de doença estão associados a uma maior e melhor oferta de cuidados assistenciais. Contudo, a ampla utilização destes recursos, introduz nas organizações hospitalares fatores acrescidos de risco para os doentes/utentes, visitas e funcionários. Este progresso nos cuidados de saúde é acompanhado de uma maior complexidade de equipamentos e fármacos, de onde decorrem inúmeros e novos fatores de risco no ambiente hospitalar, v.g., de natureza física (riscos associados ao calor, ruído, radiações), química (riscos associados à utilização de produtos de desinfeção, esterilização, soluções terapêuticas – quimioterapia; gases medicinais), mecânica (risco de queda), biológica (risco de transmissão nosocomial de tuberculose e contaminação por HIV), ergonómicos e psicológicos (violência).²⁹

A partir do momento em que algum deste tipo de acidentes ocorre, dá-se logo uma quebra da confiança entre o paciente e o estabelecimento hospitalar, bem como por parte dos profissionais de saúde, que também podem sair prejudicados com estas ocorrências. Estamos aqui, mais uma vez, a falar de violações de direitos ligados à vida e à integridade física.

É por isso que é importante falarmos da gestão de risco nos hospitais e centros hospitalares, devendo constituir uma prioridade para cada estabelecimento de saúde, de forma a aumentar a segurança e a qualidade dos serviços a prestar àqueles que mais necessitam.

Compete às organizações implementar uma estratégia de gestão do risco, enquanto metodologia integrada e sistemática, que implica responsabilidades adicionais aos responsáveis e colaboradores, na identificação, análise, avaliação e monitorização dos riscos associados às atividades hospitalares. Esta deverá integrar programas de melhoria contínua da qualidade, criar condições, promover e reforçar práticas seguras de trabalho, visando o aumento da segurança, nomeadamente no que se refere à

²⁸ Ministério da Saúde (2010) - *A Organização Interna e a Governação dos Hospitais*, Junho, p. 27, disponível em <https://www.spmi.pt/pdf/RelatorioFinalGTHospitaisVersaoFinal2.pdf>.

²⁹ *Ibidem*.

qualidade da prescrição, utilização racional do medicamento, prevenção e controlo da infeção.³⁰

Deve também estar incluída, na gestão de riscos, a formação técnica e científica contínua dos profissionais, proporcionando-lhes um acompanhamento adequado dos avanços da medicina e uma diminuição da margem de erro na atividade hospitalar, aumentando e melhorando a prestação de cuidados de saúde.

Por exemplo, nos EUA os estabelecimentos hospitalares respondem direta e indiretamente. Incorrem em responsabilidade indireta pela negligência dos seus funcionários (*Respondeat Superior*³¹) e, incorrem em responsabilidade direta quanto à má contratação e supervisão dos seus funcionários, falta de manutenção e reparos de equipamentos, falha na educação médica continuada, não demissão de funcionários incompetentes, falha de protocolos de segurança do paciente, falta de pessoal médico/enfermagem, erro na medicação, violações de confidencialidade do paciente, entre outros.

Posto isto, quer-se, ao implementar a política de gestão de risco, dar primazia à saúde e bem-estar do doente, ultrapassando os modelos obsoletos que caracterizam a organização dos centros hospitalares e que levam, conseqüentemente a uma fragmentação dos cuidados de saúde.

Porém, a nova cultura de gestão que se esperava da reforçada autonomia conferida à instituição hospitalar não aconteceu, persistindo a indefinição estratégica, o planeamento incipiente ou inexistente, a falta de transparência nos processos de decisão, tudo concorrendo para a desresponsabilização e para a ausência de envolvimento da organização.³² E, muitas vezes o doente revolta-se contra o médico quando o verdadeiro problema está no próprio estabelecimento de saúde, seja por falta de recursos, seja por má gestão hospitalar.

3. O Direito à Saúde e o Sistema Nacional de Saúde

³⁰ Ministério da Saúde (2010) – *op. cit.*, p. 29.

³¹ Para mais desenvolvimentos ver “Theories for Imposing Liability Upon Hospitals for Medical Malpractice: Ostensible Agency and Corporate Liability”, *William Mitchel Law Review*, 1985, Vol. 11: Iss. 2, Article 9, pp. 564 e 569-572.

³² Ministério da Saúde (2010) – *op. cit.*, p. 2.

A democratização da sociedade portuguesa trouxe consigo o reconhecimento de direitos fundamentais da pessoa humana a que a organização social deve responder. Entre eles, o direito à saúde, consagrado no próprio texto constitucional.³³

O art. 64º da CRP não deixa margem para dúvidas ao referir que “todos têm direito à proteção da saúde e o dever de a defender e promover”. Do mesmo artigo retiramos que “o direito à proteção da saúde é realizado pela criação de um Serviço Nacional de Saúde, universal, geral e gratuito, pela criação de condições económicas, sociais e culturais que garantam a proteção da infância, da juventude e da velhice e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo”.

Com a nova conceção funcional de serviço público, diversos direitos sociais têm a sua provisão pública assegurada constitucionalmente mas com a liberdade de provisão privada paralela, em regime de mercado.³⁴ É o caso da saúde, do ensino e da segurança social, cujos prestadores privados ficam igualmente obrigados aos mesmos princípios e deveres do serviço público.³⁵

Os poderes públicos têm uma significativa “quota” de responsabilidade no desempenho das tarefas económicas, sociais e culturais, incumbindo-lhes pôr à disposição do cidadão prestações de várias espécies, onde se incluem as instituições de saúde.³⁶

Já em 1971, no período marcelista, havia uma consagração legislativa de um direito à saúde para todos, derivada da grande reforma do Ministério da Saúde e da Assistência (DL n.º 413/71). Mas o Serviço Nacional de Saúde, enquanto pilar central do Estado, só ficou implementado no início da década de 80.

A 15 de Setembro de 1979, é criado, no âmbito do Ministério dos Assuntos Sociais, o Serviço Nacional de Saúde³⁷, pelo qual o Estado assegura o direito à proteção

³³ Godinho, Sara (2008) – *Avaliação do Impacto do Modelo SA no Desempenho Hospitalar*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade de Aveiro, p. 8.

³⁴ Alves, Núbia (2015) a propósito das exceções de punibilidade referidas no artigo 11.º do CP e o caso das Entidades Prestadoras de Cuidados de Saúde – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade: 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social*, Almedina, p. 148.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ Canotilho, J.J. Gomes (2003) – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, pp. 478-479.

³⁷ Note-se que é um Serviço Nacional de Saúde e não um Sistema Nacional de Saúde como habitualmente se usa.

da saúde e o acesso à mesma indiscriminadamente. Contudo, só em Agosto de 1982 é que se desenvolvia a sacção dos cuidados primários, se iniciava a organização da rede hospitalar, se consolidavam as carreiras, se encetava a contratação de equipas polivalentes e se tentava promover a disponibilidade genérica de medicamentos.³⁸

Em 1990, aprovou-se a Lei de Bases da Saúde. Pela primeira vez, a proteção da saúde é perspectivada não só como um direito, mas também como uma responsabilidade conjunta dos cidadãos, da sociedade e do Estado, em liberdade de procura e de prestação de cuidados. Consequentemente, em 1993 houve uma revisão do Estatuto do SNS, assumindo-se o distinto “sistema de saúde” e incrementando três pilares autónomos: (1) o SNS, relevante e determinante no sistema de saúde nacional e só dependente do Ministério respetivo; (2) outras entidades públicas que têm responsabilidades na área da saúde; (3) entidades privadas que têm acordos com os dois primeiros pilares.³⁹

No entanto, no início do séc. XXI, o sistema de saúde português, não obstante o esforço de requalificação registado nos anos anteriores, padecia de sérios problemas, desde logo, as listas de espera cirúrgicas elevadas, com tempos de espera que excediam largamente o clinicamente aceitável; o funcionamento inadequado dos cuidados de saúde primários que se traduzia, muitas vezes, no recurso desmedido às urgências hospitalares; o sentimento generalizado de insatisfação por parte dos utentes e dos profissionais com o sistema público de saúde; o crescimento descontrolado dos custos em saúde, etc.⁴⁰

É neste contexto que, em 2002, o Ministro da Saúde do governo de coligação PSD-CDS opta por uma estratégia governativa que passou por reformular o atual SNS através da instituição de “um sistema misto de serviços de saúde, onde coexistam entidades de natureza pública, privada e social, agindo de forma integrada e orientado para as necessidades dos utentes”⁴¹. Neste sentido, em finais de 2002, foi publicada a nova Lei de Gestão Hospitalar (LGH), que procedeu à primeira alteração da Lei de

³⁸ Simões, Ascenso (2018) in *Público*, p. 3, disponível em <https://www.publico.pt/2018/01/24/sociedade/opiniao/da-saude-que-temos-e-da-saude-que-podemos-ter-1798576>.

³⁹ *Idem*, p. 4.

⁴⁰ Reis, Célia (2011) – *Modelos de Gestão Hospitalar (análise comparativa)*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, p. 11.

⁴¹ *Idem*, p. 12.

Bases da Saúde de 1990 e estabeleceu o novo regime jurídico da gestão hospitalar.⁴² Neste diploma é de realçar a definição de um novo conceito de “rede de prestação de cuidados de saúde”, composta pelos hospitais públicos “tradicionais”, hospitais públicos com natureza empresarial, hospitais sociedades anónimas de capitais públicos e estabelecimentos privados, com ou sem fins lucrativos.⁴³ Estabeleceu-se, assim, um verdadeiro mercado de cuidados de saúde composto por vários segmentos: o mercado tradicional do setor privado e social, o mercado das convenções e concessões do SNS e o “mercado administrativo” dos cuidados de saúde no setor público, o qual engloba a prestação de cuidados de saúde pelos serviços e estabelecimentos públicos aos beneficiários do SNS e dos “subsistemas”.⁴⁴

O princípio de gestão participada torna possível a intervenção privada na gestão do SNS, em consonância com os princípios constitucionais da Organização Administrativa previstos no art. 267.º da CRP. São estabelecidos novos mecanismos de gestão, destacando-se as Parcerias Público-Privadas e o contrato de gestão de natureza concessória, de modo a associar privados à prossecução do serviço público de saúde com transferência e partilha de riscos, além da possibilidade de conceção, construção, financiamento, conservação e exploração do estabelecimento.⁴⁵⁴⁶

Facilmente depreendemos que a configuração do SNS tem conhecido várias transformações⁴⁷ que visam privilegiar a prestação de cuidados de forma integrada, eficiente, com ganhos ao nível da acessibilidade e equidade e fortemente empenhada em processos qualitativos de melhoria contínua.⁴⁸

O SNS é o maior prestador de cuidados médicos em Portugal. Em todas as situações em que o utente recorre aos cuidados médicos do SNS, seja uma consulta em

⁴² *Ibidem.*

⁴³ *Ibidem.*

⁴⁴ *Ibidem.*

⁴⁵ Alves, Núbia (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., p. 149.

⁴⁶ O primeiro hospital público com gestão privada surgiu em 1994 (Hospital Fernando da Fonseca – Amadora) e, com o DL n.º 93/2005, que transformou os Hospitais Sociedades Anónimas (S.A.) em Entidades Públicas Empresariais (EPE), assiste-se à transformação de 31 hospitais em EPE. Além disso, atualmente existem 4 Parcerias Público-Privadas (PPP) localizadas em Vila Franca de Xira, Cascais, Loures e Braga.

Para mais desenvolvimentos consultar Estorninho, Maria João (2008) – *Organização Administrativa da Saúde*, Almedina, Coimbra, pp. 54-55.

⁴⁷ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução do SNS ver <https://www.sns.gov.pt/sns/servico-nacional-de-saude/>

⁴⁸ Moreia, Iris (2009) – *A Introdução de Mecanismos de Competição e o Quadro Legal Básico do Sistema de Saúde Português: A perspectiva hospitalar*, Tese de Mestrado apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa, p. 1.

centro de saúde do SNS (centro de saúde tradicional ou Unidades de Saúde Familiares), seja uma consulta hospitalar de especialidade ou um internamento nos hospitais públicos *lato senso* (Institutos Públicos, Entidades Públicas Empresariais ou Parcerias Público-Privadas) a relação jurídica está subordinada ao Direito Administrativo, aplicando-se a Lei n.º 67/2007, de 31 de dezembro.⁴⁹

O Estado assume, de forma definitiva, um novo papel no setor da saúde. Isto é, onde antes exercia apenas a função de prestador, financiador e fiscalizador, hoje existe uma clara separação entre a prestação dos cuidados de saúde e o seu financiamento. O Estado atua essencialmente como garantidor/financiador e como regulador, sem se desvincular da sua atuação como operador.⁵⁰

⁴⁹ Pereira, André Dias (2012) – *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 590.

⁵⁰ Alves, Núbia (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* *op. cit.*, p. 151.

Parte II - A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas

1. Breve evolução histórica⁵¹ e influências do Direito Comunitário⁵²

Olhando para o contexto histórico, a responsabilidade penal das pessoas coletivas é recente. Sempre existiu uma grande adesão ao princípio romano da *societas delinquere non potest*, pelo qual as pessoas coletivas não seriam capazes de praticar delitos. Durante muitos anos apenas sob o foro civil ou administrativo a pessoa coletiva era responsabilizada.⁵³

Com a criação de grandes empresas globalizadas e com o crescimento da criminalidade, a dogmática penal viu-se na obrigação e necessidade de punir entes coletivos, aceitando-se que os mesmos são capazes de cometer delitos por meio das suas atividades. Assim, no decurso do séc. XX surgiu um movimento generalizado de criminalização das pessoas coletivas, inserindo-se, aqui, o ordenamento jurídico português que, em 2007, consagrou a responsabilidade penal das pessoas coletivas.

O direito internacional e europeu sentiu-se no dever de responder a realidades diferentes levantadas pela nova criminalidade. Esta nova criminalidade é reflexo de um novo modelo de organização social: a mobilidade das pessoas e dos capitais desafiam a lógica territorial; as grandes construções institucionais e a concentração do poder conduzem ao declínio dos Estados e à proliferação de redes; a criminalidade deixa de se situar à margem da sociedade, estando em todo lado.⁵⁴

⁵¹ Para mais desenvolvimentos sobre a evolução histórica consultar Segarra, Gabriela – *Um Olhar mais Constitucional para o Imbróglio da Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas: a problemática do princípio da culpabilidade*, disponível em <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/944/649>; Lois, Luciana (2015) sobre a escolha legislativa na responsabilização penal das pessoas coletivas – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., pp. 191-193; e Simões, Nátalia – *Responsabilidade penal da pessoa coletiva: O ordenamento jurídico português e o brasileiro*, disponível em <https://jus.com.br/artigos/14682/responsabilidade-penal-da-pessoa-coletiva>, pp. 2-3.

⁵² Para mais desenvolvimentos consultar Lois, Luciana (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., pp. 197-210 e Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição atualizada, Universidade Católica Editora, pp. 124-126.

⁵³ Quanto a isto, Figueiredo Dias afirma que na transição do séc. XVIII para o séc. XIX se passou a entender o princípio *societas delinquere non potest* praticamente como um dogma, especialmente devido às teorias da ficção sobre a essência das pessoas morais – Dias, Figueiredo – “Para uma Dogmática do Direito Penal Secundário”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3714, pp. 263 e ss. e n.º 3720, p. 72.

⁵⁴ Lois, Luciana (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., anotação 5, p. 192.

No ano de 1926, em Bruxelas, foi realizado o Primeiro Congresso promovido pela Associação Internacional de Direito Penal, onde a responsabilidade penal dos Estados foi suscitada de forma superficial relativamente à violação de normas internacionais mas, só em 1929 foi emitida a Diretiva nesse sentido.⁵⁵

Já no VII Congresso Internacional de Direito Penal, em 1957, ficou estabelecido que cada país devia fixar a correspondente responsabilidade penal da pessoa coletiva na sua legislação, sendo, em 1975, tratado o primeiro tema, relativamente às agressões ambientais, no XII Congresso Internacional de Direito Penal.⁵⁶

Em 1979, no VI Congresso das Nações Unidas para a Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquent, foi recomendado o estabelecimento do princípio da responsabilidade penal das sociedades. E em 1981 e 1982, os crimes económicos levaram ao levantamento da possibilidade de instituição da responsabilidade penal das pessoas coletivas ou, pelo menos, à criação de medidas a aplicar a essa criminalidade.

Tendo em conta a dificuldade ligada à identificação de pessoas físicas responsáveis pelas infrações cometidas pelas empresas, em 1988 foi proposta a responsabilização de empresas e pessoas físicas envolvidas em atividades ilícitas, abrangendo empresas públicas e privadas, promovendo ainda sanções penais adequadas à empresa.⁵⁷

Verificou-se uma acrescida elaboração de normas europeias contra a criminalidade provinda de pessoas coletivas, recomendando a sua responsabilização, mas nunca obrigando à responsabilização penal das mesmas, surgindo sempre nos seus textos recomendações com outras responsabilidades em alternativa (criminal, civil ou administrativa).

O esforço ajustado à nova criminalidade levou a EU a abordar assuntos de variada índole, suscetíveis de serem cometidos por pessoas coletivas, possibilitando a sua responsabilização através da lei penal, como a proteção do meio ambiente⁵⁸; a corrupção⁵⁹; o cibercrime⁶⁰; o terrorismo⁶¹; o tráfico de seres humanos⁶²; o

⁵⁵ *Idem*, p. 197.

⁵⁶ *Idem*, p. 198.

⁵⁷ Rec. (88) 18 do Conselho da Europa.

⁵⁸ Art. 9.º da Convenção ETS nº 172, de 04/09/1998.

⁵⁹ Art. 18.º da Convenção ETS nº 173 de 27/01/1999.

⁶⁰ Art. 12.º da Convenção ETS nº 185 de 23/11/2001.

⁶¹ Art. 10.º da Convenção ETS nº 196 de 03/05/2005.

⁶² Art. 22.º da Convenção ETS nº 197 de 03/05/2005.

branqueamento dos produtos do crime e financiamento do terrorismo⁶³; a criminalidade económica⁶⁴; o tráfico de pessoas para exploração sexual⁶⁵; o crime organizado⁶⁶; a exploração de crianças⁶⁷; a proteção de interesses financeiros^{68, 69}

2. Os problemas suscitados acerca da incapacidade de culpa e de ação das pessoas coletivas⁷⁰

O princípio da culpabilidade surge como um princípio constitucional (*nulla poena sine culpa*) e é visto hoje como um fenómeno social e jurídico, pois não está apenas atrelado ao ordenamento positivado, mas também aos requisitos da vida social.⁷¹

A (in)capacidade de culpa e de ação das pessoas coletivas foram o núcleo essencial de toda a problemática que envolveu a responsabilização penal dos entes coletivos.

A principal razão da rejeição da responsabilidade penal das pessoas coletivas ligou-se ao princípio da culpabilidade pois, sem vontade e inteligência a pessoa coletiva não seria capaz de distinguir o lícito do ilícito, não sendo possível responsabilizar aqueles que não são dotados de vontade própria e de capacidade de ação, *i.e.*, insuscetíveis de culpa.

⁶³ Art. 10.º da Convenção ETS nº 198 de 03/05/2005.

⁶⁴ Rec. (96) 8 de 05/09/1996.

⁶⁵ Rec. (2000) 11 de 19/05/2000.

⁶⁶ Rec.(2001) 11 de 19/09/2001.

⁶⁷ Rec. (2001) 16 de 31/10/2001.

⁶⁸ Art. 3.º do Segundo Protocolo à Convenção para a proteção dos interesses financeiros da CE, aprovado pelo Conselho a 19/06/1997.

⁶⁹ Nem as Ações Comuns, nem as Decisões-Quadro emitidas em matéria criminal até ao presente impõem a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, prevendo-a apenas em termos alternativos. O critério de imputação da responsabilidade das pessoas coletivas consagrado nas Decisões-Quadro reside na pessoa singular que ocupa posição de liderança no seio da pessoa coletiva (órgãos e dirigentes com poderes de representação ou autoridade para tomar decisões) – Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) – *Comentário do Código Penal... op. cit.*, nota prévia ao art. 11.º, pp. 124-126.

⁷⁰ Para mais desenvolvimentos sobre a aplicabilidade do conceito de culpa às pessoas coletivas ver Guimarães, Helena (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade... op. cit.* pp. 11-47.

⁷¹ O juízo de culpabilidade já sofreu várias mudanças ao longo do tempo de forma a ajustar-se às necessidades de punição e à evolução criminológica. Para mais desenvolvimentos ver Segarra, Gabriela – *Um Olhar mais Constitucional... op. cit.*, pp. 174-179.

Parte da doutrina contra⁷², onde se insere, entre outros, CAVALEIRO FERREIRA, defendia que, sendo a culpa um juízo ético-moral sobre a vontade de executar certa conduta, esta não pode ser reconduzível a uma pessoa coletiva, pois não tem vontade nem cognoscibilidade próprias, pelo que só poderia haver censura sobre a conduta desenvolvida pelo singular que age dentro da pessoa coletiva, mas não sobre ela.⁷³

Por outro lado, encontramos doutrina a favor, onde se inclui FIGUEIREDO DIAS, reclamando uma maior responsabilização das entidades coletivas pela violação dos bens jurídicos coletivos em consequência do seu peso social crescente.⁷⁴

A posição que aqui pretendemos sustentar é a da capacidade de culpa e de ação da pessoa coletiva, destacando-se o pensamento de FIGUEIREDO DIAS com a construção do modelo da culpa analógica. Este modelo serve para justificar a responsabilização penal do ente coletivo, fazendo uma analogia com a responsabilidade individual do homem quanto à sua obra ou realização coletiva.⁷⁵

Nas palavras de FIGUEIREDO DIAS, é “certo que, na ação como na culpa, tem-se em vista um “ser livre” como centro ético-social de imputação jurídico-penal e esse é o homem individual. Mas não deve esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, “obras de liberdade” ou “realizações do ser-livre” pelo que nos parece aceitável que em certos domínios especiais e bem delimitados (...) ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações coletivas e, assim, as pessoas coletivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime”.⁷⁶

Portanto, as teorias da ficção das pessoas coletivas e as teorias finalistas da ação como motivo de desresponsabilização das pessoas coletivas não têm o nosso acolhimento. A capacidade de atribuir um juízo de culpa à pessoa coletiva é a mesma capacidade para atribuir um juízo culpa à pessoa singular, não servindo a ficção jurídica

⁷² Incluindo Hans Welzel, Maurach, Jescheck e Claus Roxin.

⁷³ Alves, Patrícia (2013) – *Aplicação das Medidas de Coação às Pessoas Coletivas*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, p. 16.

⁷⁴ Dias, Figueiredo (2007) – *Direito Penal, Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, p. 295 e ss.

⁷⁵ Dias, Figueiredo (1998) – “Para uma dogmática do direito penal secundário”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, p. 68.

⁷⁶ Figueiredo Dias *apud* Costa, Faria (1998) – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas à luz do Direito Penal)”, *Direito Penal Económico e Europeu – Textos doutrinários*, vol. I (Problemas Gerais), Coimbra Editora, p. 510.

para elidir a sua responsabilidade – visando o proveito económico, efetivo ou potencial, em conjugação com os interesses da empresa – sendo perfeitamente cabível e aplicável a responsabilização penal das pessoas coletivas.⁷⁷

3. Como pode a pessoa coletiva praticar crimes negligentes?

Quando falamos em crimes cometidos na área da saúde, seja por profissionais médicos, seja por entidades hospitalares, somos logo remetidos para a negligência. Isto porque, como já referimos, mesmo havendo a possibilidade de condutas dolosas, não assimilamos essa hipótese como resposta, confiando nas boas práticas por parte dos serviços.

Desta forma, cumpre-nos perguntar de que forma é que as pessoas coletivas podem praticar crimes negligentes, nomeadamente, homicídio negligente e ofensas à integridade física negligentes.

O art. 15.º do CP dá-nos a definição de negligência⁷⁸ com um tipo de ilícito e um tipo de culpa próprios, distintos dos crimes dolosos. Quanto ao tipo de ilícito, este traduz-se na violação do cuidado a que, segundo as circunstâncias, o agente está obrigado, isto é, a violação do cuidado devido⁷⁹ e, quanto ao tipo de culpa, na violação do cuidado que o agente, segundo os seus conhecimentos e capacidades pessoais, está em condições de prestar.⁸⁰

A negligência surge como uma realidade objetiva, sendo duvidoso que se possa falar de um tipo subjetivo de ilícito ao nível do ilícito negligente.⁸¹

⁷⁷ Simões, Natália – *op. cit.* p. 9.

⁷⁸ Este preceito começa, no seu prómio, por conceber a negligência de modo unitário (“quem, por não proceder com o cuidado a que, segundo as circunstâncias, está obrigado e de que é capaz”) para, em seguida, distinguir duas formas: a negligência consciente (alínea a – “representar como possível a realização de um facto que preenche um tipo de crime mas atuar sem se conformar com essa realização”) e a negligência inconsciente (alínea b – “não chegar sequer a representar a possibilidade de realização do facto”) – Dias, Figueiredo (2007) – *Direito Penal, Tomo I... op. cit.* p. 861.

⁷⁹ Aqui, PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, refere-se à violação do cuidado a que o agente está obrigado, de acordo com os conhecimentos e as capacidades do homem médio pertencente à categoria social e profissional do agente, não excluindo a tipicidade da conduta quando as capacidades do agente são inferiores à do homem médio; no entanto, as capacidades do agente superiores à do homem médio podem fundar a tipicidade da conduta – Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) – *Comentário do Código Penal... op. cit.*, nota 2, p. 154.

⁸⁰ Dias, Figueiredo (2007) – *Direito Penal, Tomo I... op. cit.*, p. 861.

⁸¹ Há quem aponte a representação imperfeita da realização do tipo pelo agente nos casos de negligência consciente (art. 15.º, al.a) e a não representação da sua realização na negligência inconsciente (art. 15.º, al.b) como uma especificidade subjetiva. No entanto, seguindo a tese de FIGUEIREDO DIAS, esta

No ilícito negligente, diferentemente do ilícito doloso, existe uma grande dificuldade em assinalar a existência de um elemento final, *i.e.*, um elemento autónomo de natureza subjetiva, pelo que, nas palavras de PAULA RIBEIRO DE FARIA “o verdadeiro sentido da ação negligente terá sempre que vir pela mão de uma valoração objetiva, predominantemente social”.⁸²

Portanto, ainda nas palavras da citada autora, o ilícito negligente encontra-se mais “dependente de um critério de valoração social e objetiva da conduta do que o ilícito doloso”, apesar de não se deixar de afirmar, ao nível do ilícito negligente, “a ligação da conduta com a vontade do agente (ou melhor dizendo, onde essa ligação não existe, ela deveria existir numa medida objetiva, que a ordem jurídica supõe, e é dessa medida que se parte em ordem à afirmação do ilícito), pelo que, na maior parte dos casos, a norma permanece uma realidade abstrata para o seu destinatário”.⁸³

Sendo o tipo de ilícito um tipo de ilícito negligente, este concretiza-se através de um comportamento contrário ao devido face um perigo, violando um dever de cuidado imposto pela ordem jurídica, que origina um resultado típico, sendo este previsível e evitável.⁸⁴ Neste domínio, seguindo a linha de pensamento de PAULA RIBEIRO DE FARIA, o conceito de risco assume especial relevância “enquanto probabilidade de verificação de um resultado contrário ao direito”, distinguindo-se aqui o risco penalmente relevante, visto que o direito (em concreto, o direito penal) não pode ocupar-se de toda a “realidade que pode ser gerida, e que ao ser mal gerido, ao ser descuidada ou intencionalmente mal gerido, pode determinar a responsabilidade daquele que o tem [o risco] a seu cargo (...) porque tendo tomado consciência dele não adotou as medidas necessárias para evitar a sua concretização (...) ou ignorou indevidamente”, mas apenas o risco típico, com determinada intensidade e propagação, que ameaça ou lese, de forma efetiva, um bem jurídico penalmente tutelado.⁸⁵

especificidade subjetiva não é equivalente a um tipo subjetivo de ilícito verdadeiro e próprio, já que o que verdadeiramente conta é a realidade objetiva – a necessidade de representação, a previsibilidade objetiva – a suprir uma eventual falta de ligação interna ao facto, e constituindo, nos casos de ausência completa de representação, a base de afirmação da negligência inconsciente – Retirado do comentário ao art. 148.º §21 – CCCP (2012), p. 411.

⁸² Faria, Paula (2005) – *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Publicações Universidade Católica, Porto, p. 834.

⁸³ *Idem*, p. 835.

⁸⁴ Viana, Inês (2012) - *Crítérios de apuramento da negligência no exercício da medicina em equipa*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, p. 8.

⁸⁵ FARIA, Paula (2017) - *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, p. 54-56.

Atualmente, a maioria da doutrina converge no que toca ao facto de o ilícito negligente exigir uma atuação contrária a um dever e um desvalor da ação, não se bastando com o desvalor do resultado, a celeuma permanece no que respeita ao modo como ocorre a violação do dever de cuidado e, na verdade, há autores que consideram que a realização negligente é uma forma de realização por omissão.⁸⁶⁸⁷

Na realização de um tipo negligente podem intervir várias pessoas. Aqui o ilícito típico traduz-se não no conhecimento e vontade de realização do tipo, mas sim na violação do cuidado objetivamente imposto que cria um risco não permitido e realiza o tipo objetivo.⁸⁸

Esta forma de autoria negligente (paralela) tem levado a um crescente número de defensores. Isto justifica-se com o atual problema das decisões de órgãos colegiais, casos de responsabilidade pelo produto e crimes ambientais⁸⁹, pelo que também pode surgir nas entidades hospitalares, onde na sua direção e administração intervêm vários sujeitos. Nestes casos, a problemática abrange situações em que uma atuação conjunta negligente, no seio de um grupo, produz um resultado sem que se possa determinar quem, no grupo, deu causa a esse mesmo resultado.⁹⁰

Existem argumentos contra⁹¹ e a favor deste tipo de autoria negligente. Perfilhamos a tese de FIGUEIREDO DIAS ao entender que, no âmbito de crimes negligentes, poderá aceitar-se esta figura, referindo-se à mesma como comportamento negligente conjunto⁹² e não como coautoria, entendida, não como “decisão conjunta dirigida à realização do tipo objetivo (como nos crimes dolosos), mas sim como criação

⁸⁶ PACHECO, Daniela (2014) – *op. cit.*, p. 28.

⁸⁷ Segundo PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE, nos casos em que a lei pune expressamente a ação negligente, também o crime omissivo impróprio será punível, exceto se resultar expressamente da intenção da lei; os deveres de garante e de cuidado não se confundem, pelo que o intérprete deve aferi-los separadamente – Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) – *Comentário do Código Penal...* *op. cit.*, nota 20, p. 158.

⁸⁸ Fidalgo, Sónia (2008) – *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, p. 164.

⁸⁹ *Idem*, p. 174.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ Neste sentido Weißer que defende a inexistência de coautoria negligente – para mais desenvolvimentos ver Fidalgo, Sónia (2008) – *op. cit.*, p. 175.

⁹² O comportamento negligente conjunto surge como a solução político-criminalmente mais correta, compatível com o nosso art. 26.º do CP, fazendo reduzir as absolvições dos arguidos, seja por falta de provas, seja porque o auxílio de um ao facto de outro não seria punível por o crime não ser cometido a título doloso – Neste sentido, FIGUEIREDO DIAS *apud* Fidalgo, Sónia (2008) – *op. cit.*, p. 177.

(ou potenciação) conjunta de um risco não permitido que se exprime na realização típica”.⁹³

É sempre exigível, a quem desempenha funções em nome de um hospital, uma especial diligência nas suas atividades, pois estão a lidar com importantes bens jurídicos (como é o caso da vida e da integridade física). Quando surge um resultado danoso proveniente do descuido *por quem de direito*, esta negligência ou violação do dever objetivo de cuidado deve-lhe ser sempre censurada e, portanto, o respetivo facto deve ser punível a título negligente.

Esta imputação a título negligente exige a verificação da violação do dever de cuidado por parte dos seus órgãos ou representantes⁹⁴, *i.e.*, as pessoas físicas que compõem a pessoa coletiva, atuando no exercício das suas funções, em nome e no interesse desta.

Apesar das pessoas coletivas estarem ligadas às pessoas físicas que a constituem, elas são verdadeiras realidades sociais com consciência e vontade próprias, sendo-lhes imputada a responsabilidade criminal independentemente das pessoas singulares que a constituem. A responsabilidade criminal das pessoas coletivas não exclui a responsabilidade individual dos respetivos agentes, nem depende da responsabilização destes. No entanto, essas pessoas singulares, enquanto titulares ou membros dos órgãos da pessoa coletiva, fazem com que se tornem próprios da pessoa coletiva os comportamentos e decisões resultantes da vontade dos seus membros.

Assim sendo, ao tornarem-se atos próprios da pessoa coletiva, não há “necessidade de decompor a intervenção humana que conduziu à sua materialização, o que, em termos organizativos, corresponde na maioria das vezes a uma pluralidade de intervenientes, distribuídos por uma cadeia decisória complexa e muito dificilmente discernível do seu exterior”.⁹⁵

Nas palavras de PAULA RIBEIRO DE FARIA, “a pessoa coletiva deverá poder responder em determinadas situações por um facto seu, independentemente dele só se ter tornado possível pela ação e pela violação de deveres de uma ou mais pessoas

⁹³ Fidalgo, Sónia (2008) – *op. cit.*, p. 177 e ss.

⁹⁴ Sobre mais desenvolvimentos acerca da imputação criminal formal da pessoa coletiva pelos atos praticados pelos seus órgãos ver Mendes, Marlene (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* *op. cit.*, Almedina, pp. 49-86.

⁹⁵ Ac. do TRG, Processo nº 459/05.0GAFLG, Relator FERNANDO VENTURA, disponível em www.dgsi.pt.

singulares, cuja atuação é secundária sob este ponto de vista (embora se possa afirmar a sua responsabilidade individual de forma autónoma e paralela à pessoa coletiva) e isto na medida em que tais ações individuais não chegam a ter relevância ao encontrar-se ao serviço de uma estrutura social e juridicamente distinta, que gera riscos, que permite benefícios, e cujo funcionamento pode lesar de forma censurável bens jurídicos fundamentais”.⁹⁶

Relativamente ao art. 11.º do CP tem-se colocado a hipótese de o n.º 2 prever uma responsabilidade por omissão.

Retiramos do art. 11.º/2/a) que sobre os órgãos da pessoa coletiva recai um dever de garante. Este será aferido normativamente através da análise das competências de cada um dos órgãos e através da verificação de que foi exatamente o não cumprimento dessas competências e/ou funções que proporcionou o ilícito penal.⁹⁷

A pessoa coletiva também pode ser responsabilizada pelos atos praticados pelos seus trabalhadores, estando a sua responsabilidade apenas excluída nos casos de atuação contra instruções expressas *de quem de direito* (art. 11.º/6). Isto porque, extraímos do art. 11.º/2/b) que a responsabilização da pessoa coletiva se verificará sempre que a falta de supervisão ou de controlo por parte da pessoa singular que tenha possibilitado a prática dos atos previstos, em benefício dessas pessoas coletivas, por uma pessoa singular com poder para exercer controlo no seio da pessoa coletiva e, por omissão de controlo dessa pessoa singular, sob quem, legal ou estatutariamente, impende uma posição de garante.⁹⁸

Quando recai um dever de garante sobre os administradores eles podem responder por omissão, pois a eles é incumbida a tarefa de organizar a empresa (hospital, no nosso caso), sendo responsáveis pelos atos criminosos que nelas se venham a praticar e se não prevenirem os eventos lesivos de bens jurídicos causados pelos seus colaboradores e, ainda, podem-lhes ser imputados comportamentos que resultem da violação do dever de vigilância ou de controlo. Trata-se de um dever de garante derivado da ingerência, uma vez que a atividade hospitalar constitui uma fonte de perigo para determinados bens jurídicos e os responsáveis pelo mesmo, em

⁹⁶ Faria, Paula sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde em Santos, Manuel Simas (2016) – *Liber Amicorum*, Editora Letras e Conceitos, pp. 985-986.

⁹⁷ Mendes, Marlene (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., p. 86.

⁹⁸ *Idem*, p. 91.

conformidade com o respetivo estatuto, têm o dever de agir para vigiar e controlar essa fonte de perigos que representam.⁹⁹ Este é o caso em que uma pessoa coletiva tem o dever de cumprir determinados deveres e cuidados e não o faz, pois através dos administradores se forma a “mente” e o “cérebro” da pessoa coletiva.¹⁰⁰

A responsabilidade por negligência dos administradores não é uma responsabilidade por facto negligente alheio, mas sim por facto próprio, pois é exigido que o responsável estabeleça mecanismos de controlo rigorosos da atividade desenvolvida.

A especial relevância dos crimes negligentes passa pelo facto da sua maior frequência nos crimes empresariais e, no caso, em hospitais. Assim, a título exemplificativo, a pessoa coletiva (hospital) devia ser responsabilizada quanto a falhas em tomar medidas razoáveis de eliminação de agentes patogénicos do meio hospitalar, falhas em fornecer pessoal suficiente e especializado para executar funções, falhas na informação dos pacientes acerca de um risco de propagação infecciosa, falhas na adoção de padrões de limpeza que garantam um meio seguro para pacientes e funcionários, falha em garantir a segurança e o uso correto dos dados pessoais do paciente, etc.

Na Holanda, já em 1987, um hospital foi condenado por homicídio negligente depois de um paciente ter morrido durante uma operação em virtude da utilização de equipamento ultrapassado¹⁰¹. A administração do hospital respondeu – através do princípio da agregação – pela sua falta de conhecimento, pois deveriam estar cientes das práticas de rotina dentro do hospital. Este foi o primeiro caso de condenação de uma pessoa coletiva na Holanda, não se discutindo se o hospital era público ou privado, dada a sua irrelevância para os holandeses. Infelizmente, no nosso CP isso também não seria discutido, pois continua a não prever a responsabilidade criminal das pessoas coletivas por homicídio negligente e ofensas à integridade física negligentes.

Garantir a saúde e a segurança deveria ser uma prioridade do Estado, não só quando o agente é uma pessoa singular mas também quando se tratam de pessoas

⁹⁹ *Idem*, p. 110. Para mais desenvolvimentos consultar o citado livro, pp. 87-117.

¹⁰⁰ O legislador identificou como critérios de imputação a identificação dos sujeitos cuja atuação pode ser imputada à pessoa coletiva e, também, um nexo de imputabilidade dos atos praticados pelas pessoas singulares à pessoa coletiva.

¹⁰¹ Para mais desenvolvimentos sobre direito comparado ver Consultation Paper on Corporate Killing (LRC CP 26-2003), IRELAND, *The Law Reform Commission 2003*, disponível em <https://www.lawreform.ie/fileupload/consultation%20papers/cp26.htm?fbclid=IwAR3YavdsFytTJsa8GRfrffmdV3bjQIWxMGhdxiOH1p56T7JJ3l8chtAqs6c>.

coletivas e, aqui, falamos, mais uma vez, dos crimes negligentes de homicídio e ofensas à integridade física. Esta é uma área que há muito está sujeita a regulação legal nos países mais desenvolvidos (EUA¹⁰², Reino Unido¹⁰³, Holanda), no entanto, os controles a nível internacional são poucos, ficando ao critério de cada país responsabilizar as pessoas coletivas da forma que lhes convier, pois as recomendações da EU não lhes impõem a responsabilidade penal.

Tendo em conta os bens jurídicos de que aqui tratamos, achamos que, à semelhança de alguns países, deveria ser possível penalizar os hospitais que não cumprem com os deveres de cuidado que lhes são exigíveis e, devido a esse descuido, resultam ofensas à vida e à integridade física dos pacientes. Os hospitais têm o dever de manter um padrão de qualidade adequado, através da instalação e manutenção de equipamentos seguros, através do controlo e vigilância do ambiente hospitalar e, através da adoção de regras, políticas e procedimentos adequados e apropriados para garantir um atendimento de qualidade aos pacientes.

Concordamos, portanto, com a tese de PAULA RIBEIRO DE FARIA, ao defender que deveria ser admitida uma forma de culpa da pessoa coletiva derivada da deficiente organização, nomeadamente nos casos em que não seja possível identificar o agente individual responsável, “ou quando o ente coletivo seja censurável por não ter adotado todas as cautelas exigíveis para evitar o resultado, e que se refere a uma violação de deveres de organização suscetível de revelar uma personalidade (coletiva) desconforme às exigências do ordenamento jurídico, o que sucederá, por exemplo, no caso que nos ocupa, quando a entidade prestadora de cuidados de saúde presta serviços deficientes que lesam valores fundamentais das pessoas como forma de obter lucros mais elevados. Esta culpa será uma culpa funcional ou social que traduz a censura dirigida à pessoa coletiva por não ter adequado a sua estrutura e a sua prestação ao que

¹⁰² Em 1991, a negligência corporativa foi reconhecida como uma causa de ação pelo Supremo Tribunal da Pensilvânia no caso *Hospital Thompson v. Nason*. O Hospital foi responsabilizado por falhar em manter o padrão adequado de atendimento devido a um paciente hospitalizado, disponível em www.natlawreview.com/article/corporate-negligence-medical-malpractice.

¹⁰³ O Reino Unido preocupou-se com as questões envolvidas na responsabilização criminal de organizações empresariais por mortes causadas devido às suas atividades, criando importantes leis nessa área, como a *Corporate Manslaughter* e a *Corporate Homicide Act 2007*, sujeitando uma corporação, seja ela uma empresa do governo ou da coroa, a processos judiciais em casos de violação de um dever de cuidado por parte dos seus administradores, no entanto, são poucas as condenações.

social e juridicamente lhe era exigível, lesando, ou colocando em perigo, bens jurídicos fundamentais”.¹⁰⁴

4. A Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas em Portugal

Na nossa Constituição não encontramos nenhuma norma que se refira expressamente à responsabilidade penal das pessoas coletivas¹⁰⁵, mas também não encontramos nenhum princípio que a vede. Além disso, o Ac. do TC n.º 213/95¹⁰⁶ veio determinar que “nada obsta ao Estado de Direito Democrático, ao qual cabe respeitar os direitos e liberdades fundamentais (...) alargar a responsabilidade criminal às pessoas coletivas em ordem à proteção de bens jurídicos socialmente relevantes e cuja defesa é condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade do Homem”.

Apesar de até 2007 o ordenamento jurídico português não conhecer o princípio geral da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, estava consagrado o princípio contraordenacional das mesmas em certas áreas delimitadas de criminalidade, no entanto, a responsabilidade contraordenacional das pessoas coletivas contém um critério de imputação extremamente apertado, restringindo-se aos atos praticados pelos seus órgãos no exercício das suas funções (art. 7.º/2 do DL n.º 433/82 de 27/10).¹⁰⁷ Este início da responsabilidade criminal das pessoas coletivas, ainda que no direito secundário, já existe desde 1976.¹⁰⁸

Só com a Lei n.º 59/2007 é que o direito penal português passou a reconhecer o princípio geral da responsabilidade criminal da pessoa coletiva, através do art. 11.º do CP, assumindo o n.º 1 desse artigo um cariz supletivo (princípio da individualização da responsabilidade penal) caso se aplique o n.º 2.

¹⁰⁴ Faria, Paula sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde em Santos, Manuel Simas (2016) – *op. cit.*, p. 986.

¹⁰⁵ O art. 12.º/2 da CRP abre portas à punição das pessoas coletivas, apenas não menciona sob qual forma ou modalidade e, refere-se apenas às pessoas coletivas sem fazer referência a outras entidades coletivas.

¹⁰⁶ Disponível em http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1995&numero_actc=213/95.

¹⁰⁷ Albuquerque, Paulo Pinto (2015) – *Comentário do Código Penal...* *op. cit.*, notas 18 e 19, p. 126.

¹⁰⁸ Como por exemplo, o DL n.º 630/76 relativo às operações cambiais e transações de mercadorias; DL n.º 28/84 sobre as infrações antieconómicas e contra a saúde pública; Lei n.º 109/1991 sobre a criminalidade informática; Lei n.º 15/2001 sobre o regime geral das infrações tributárias; Lei n.º 05/2002 sobre a criminalidade organizada e económico-financeira; DL n.º 36/2003 que aprova o código da propriedade intelectual; Lei n.º 52/2003 sobre combate ao terrorismo; Lei n.º 99/2003 que aprova o código do trabalho; e Lei n.º 05/2006 que aprova o regime jurídico das armas e suas munições.

Chegou-se à conclusão de que as respostas civis e administrativas eram insuficientes quanto à necessidade de garantir uma eficaz tutela dos bens jurídico-penais em jogo, que só é conseguida por intermédio da especial eficácia preventiva que a doutrina assinala à responsabilização penal do ente coletivo e à inerente sanção.¹⁰⁹ Mesmo estando consagrada, no art. 12.º do CP, uma responsabilização penal individual, esta não se mostra suficiente, visto que, a mesma revela bastantes dificuldades no que diz respeito ao estabelecimento da imputação objetiva do resultado à conduta, principalmente nos delitos cometidos por grandes empresas, onde há esferas de administração diversificadas com acentuada repartição de tarefas.¹¹⁰

Tendo em conta o peso crescente dos entes coletivos, seja enquanto intervenientes sociais, seja enquanto verdadeiros sujeitos de direito, soma-se a violação de bens jurídicos coletivos fundamentais resultante da criminalidade levada a cabo pelas mesmas e, por outro lado, a frustração do efeito dissuasor da entidade coletiva e inoperância da aplicação de penas privativas da liberdade aos seus órgãos e representantes.¹¹¹

Do ponto de vista político-criminal, a reforma de 2007 foi uma novidade, pois até então o nosso ordenamento jurídico apenas se orientava quanto a medidas de combate à criminalidade empresarial com enfoque estritamente económico.¹¹²¹¹³

Assim, para a efetivação da responsabilidade penal das pessoas coletivas esta, segundo o art. 11.º/2, alíneas a) e b), depende sempre do cometimento do crime no nome e no interesse da pessoa coletiva¹¹⁴, por pessoa singular que nela ocupe posição de liderança ou que atue sob a sua autoridade. No entanto, o n.º 7 não exclui a

¹⁰⁹ Marta, João dos Santos (2015) – *Da Admissibilidade da Responsabilidade Criminal das Pessoas Coletivas e Equiparadas por Cumplicidade no Direito Penal Português*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, p. 19.

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ Rocha, Manuel (1998) – “A responsabilidade penal das pessoas coletivas – novas perspectivas”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, pp. 347-348.

¹¹² Mendes, Paulo Sousa (2003) – “A responsabilidade de pessoas coletivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal”, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra Editora, p. 391.

¹¹³ O art. 11.º, a partir de 2007, passa a abranger um leque de crimes que não são obrigatoriamente ligados à criminalidade económico-financeira nem ambiental, como o crime de maus-tratos, violação de regras de segurança, coação sexual, violação, abuso sexual de pessoa incapaz de resistência, abuso sexual de pessoa internada, procriação artificial não consentida, lenocínio, abuso sexual de crianças, abuso sexual de menores dependentes, atos sexuais com adolescentes, recurso à prostituição de menores, lenocínio de menores, pornografia de menores, discriminação religiosa, racial ou sexual, propagação de doença, alteração de análises ou receituário, etc. – para mais desenvolvimentos ver Lois, Luciana (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade... op. cit.*, nota 67, p. 212.

¹¹⁴ Tal como sucede em Espanha, Bélgica, Luxemburgo e Itália.

responsabilidade individual dos respectivos agentes nem depende da responsabilização destes.

A responsabilidade penal das pessoas coletivas ainda hoje não é um tema com opinião unânime. Apesar da doutrina majoritária ser a favor da penalização dos entes coletivos, existem outros problemas que o art. 11.º do CP levanta, desde logo, a insuficiência e incoerência do rol de crimes tipificados, a exclusão das pessoas coletivas de direito público e a disparidade entre o regime geral do Código Penal e a legislação avulsa¹¹⁵.

5. O rol de crimes imputáveis às pessoas coletivas – art. 11.º/2 do Código Penal

A previsão da responsabilidade penal das pessoas coletivas, apesar de abranger muitos crimes que antes não eram passíveis de serem cometidos por estas, deixou outros igualmente carecidos de responsabilização fora do art. 11.º/2.

Além disso, existe um problema relacionado com o critério de imputação de crimes à pessoa coletiva. A pessoa coletiva só pode ser responsabilizada criminalmente se se verificar uma vantagem, privilégio ou benefício para a mesma, sendo a conduta criminosa feita em nome e no interesse da pessoa coletiva. No entanto, existem condutas no leque de crimes do n.º 2 do art. 11.º onde não se percebe qual é o elo de ligação ou o proveito direto para os entes coletivos, como é o caso dos crimes contra a liberdade e autodeterminação sexual, onde dificilmente se apura um interesse coletivo por parte destas condutas criminosas.

A elaboração do elenco do n.º 2 do art. 11.º está muito longe de ser pacífica. São várias as opiniões relativamente ao tipo de crimes que a norma prevê, à sua suficiência ou insuficiência e, ainda, quanto ao enquadramento sistemático do preceituado art. 11.º. Relativamente ao enquadramento sistemático da norma, houve quem propusesse a eliminação do catálogo e a indicação, em cada um dos artigos correspondentes, da

¹¹⁵ COSTA ANDRADE, a este respeito, considera que esta divergência entre o regime geral do CP e os regimes especiais previstos em leis extravagantes pode resultar em desigualdade e injustiça – para mais desenvolvimentos consultar Andrade, Costa (2008) – “ «Bruscamente no Verão Passado»: A reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137, n.º 3950, p. 275.

possibilidade do cometimento da conduta criminosa por pessoas coletivas¹¹⁶ e, também, a hipótese de autonomização da matéria em artigo próprio através da criação do art. 11.º-A.¹¹⁷

Seguindo o entendimento de FIGUEIREDO DIAS, o nosso art. 11.º deve ser entendido como uma opção do legislador, mais do que um pressuposto ôntico a ele previamente imposto, podendo assim considerar-se as pessoas coletivas “através de um processo de pensamento filosófico analógico, capazes de ação e de culpa jurídico-penal e portanto criminalmente responsáveis”.¹¹⁸

A doutrina interroga-se – e a nosso ver, muito bem – sobre o porquê da escolha do elenco de crimes do art. 11.º e o porquê de não incluir determinados crimes contra a vida e contra a integridade física, dada a relevância do bem jurídico tutelado e a real possibilidade de serem cometidos por uma pessoa coletiva¹¹⁹.

Concordamos com GERMANO MARQUES DA SILVA quanto à falta de coesão do legislador ao deixar de fora crimes como o aborto em estabelecimento não autorizado ou outra violação da lei, homicídio e ofensas corporais negligentes, abuso de confiança, dano, etc.¹²⁰

Os critérios de escolha dos crimes que passam a constituir este novo catálogo são pouco perceptíveis tendo em conta a falta de heterogeneidade e omissões de crimes – como é o caso do homicídio negligente e ofensas à integridade física negligentes – cuja inclusão faria todo o sentido, respeitando a natureza das pessoas coletivas prevista no art. 12.º/2 da CRP.

Nas palavras de PAULA RIBEIRO DE FARIA, “atendendo à importância fundamental dos valores aqui em causa, à sua dignidade penal, não nos parece que seja suficiente a sua tutela por via dos mecanismos do direito civil e do direito administrativo pelo que, e contrariando a ideia de que não existem imposições constitucionais implícitas de criminalização, entendemos que não se cumprem aqui as

¹¹⁶ Tal como em Espanha, que prevê diretamente na norma de cada crime, na parte especial, a responsabilidade penal das pessoas coletivas.

¹¹⁷ Lois, Luciana (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., p. 215.

¹¹⁸ Dias, Figueiredo (2012) – *Direito Penal, Tomo I...* op. cit., pp. 295 e ss.

¹¹⁹ Brito, Teresa Quintela (2010) – “Responsabilidade Criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do Art. 11.º do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, XX, p. 44.

¹²⁰ Silva, Germano Marques da (2008) – “Responsabilidade penal das pessoas coletivas: Alterações do Código Penal introduzidas pela Lei n.º59/2007, de 4 de setembro”, *Revista do CEJ*, nº 8 (especial), 1.º Sem., p. 73.

exigências constitucionais de criminalização de condutas, e que a não incriminação penal de formas de atuação a envolver o sacrifício da vida ou integridade física das pessoas é suscetível de ser qualificada como uma inconstitucionalidade por omissão. Além disso, e em relação à forma parcimoniosa como o legislador deve proceder em relação à incriminação da negligência, não se esqueça que a responsabilidade penal das pessoas coletivas nesse domínio existe, e está prevista, em relação à agravação do resultado dos crimes de maus tratos, violação de regras de segurança e de perigo comum”.¹²¹

A nosso ver, esta opção do legislador foi apenas para dar cumprimento às orientações internacionais e europeias, seguindo as Decisões-Quadro e as Recomendações do Conselho da Europa para formular o elenco do art. 11.º/2. Posto isto, o mesmo não está isento de críticas, pois deveria ter sido feito um estudo mais cuidado acerca destas novas criminalizações, sendo mais coerente optar até pela imputação de todos os crimes como já acontece em vários países da Europa^{122, 123}.

6. A problemática da exclusão das pessoas coletivas de direito público

Relativamente à responsabilidade das pessoas coletivas, uma das questões que mais controvérsia tem gerado na doutrina liga-se à exclusão da responsabilidade das pessoas coletivas de direito público, tendo já sido revogado o n.º 3 do art. 11.º que abrangia as entidades públicas empresariais e as entidades concessionárias de serviço público.

O legislador, no art. 11.º, n.º 2, excecionou o Estado, as pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e as organizações de direito internacional público. Paralelamente, as empresas concorrentes de foro privado respondem criminalmente.

É sabido, pelo que vimos anteriormente, que o direito da EU mostra entusiasmo pela consagração da responsabilidade penal das pessoas coletivas, apesar de não a

¹²¹ Faria, Paula sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde em Santos, Manuel Simas (2016) – *op. cit.*, p. 981.

¹²² Como é o exemplo da França, da Bélgica e da Holanda.

¹²³ Verificamos uma maior e melhor lógica legislativa nas leis extravagantes que criminalizam as pessoas coletivas, havendo uma maior compatibilidade entre a responsabilidade da empresa e a natureza dos crimes, como é o caso, por exemplo, do art. 43.º-A do Regime Jurídico da Procriação Medicamente Assistida.

prever expressamente. Nesta senda, importa-nos referir o *Corpus Iuris*¹²⁴, elaborado no ano 2000, contendo disposições penais para a proteção dos interesses financeiros da EU e que contou com a participação dos diversos Estados-membros. Aqui podemos sustentar a relevância da responsabilidade criminal das entidades coletivas públicas, pois o mesmo não exclui essa responsabilidade.¹²⁵¹²⁶

No entanto, ao longo dos tempos têm-se verificado uma tendência comunitária em excluir as pessoas coletivas de direito público, lendo-se no texto de várias Decisões-Quadro e Diretivas uma definição de pessoa coletiva como uma entidade que goza de personalidade jurídica nos termos do direito aplicável, com a exceção dos Estados ou entidades de direito público no exercício de prerrogativas de autoridade pública e das organizações internacionais de direito público.

PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE explica esta exclusão devido aos poderes de soberania que tais entidades representam¹²⁷, acrescentando ainda “destarte, as regiões autónomas, as autarquias públicas, as empresas públicas e quaisquer outras pessoas coletivas de direito público, bem como as entidades concessionárias de poderes públicos respondem criminalmente pelas infrações que cometem, sempre que tenham agido sem prerrogativas de poder público”¹²⁸

São várias as opiniões a favor¹²⁹ e contra¹³⁰ a responsabilização das entidades coletivas públicas e, neste ponto e relativamente ao nosso tema, cumpre-nos perguntar: quais são as entidades que efetivamente podem ser responsabilizadas penalmente?

¹²⁴ Para um estudo mais aprofundado consultar Vervaele, John A. E. (2000) – *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, 4 volumes, Intersentia.

¹²⁵ Salgueiro, Ana Cláudia (2014) – “A Exclusão da Responsabilidade Criminal das Entidades Públicas – inconstitucionalidade do art. 11.º, n.º 2 e 3, do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 24, Coimbra Editora, p. 319.

¹²⁶ O art. 14.º do *Corpus Iuris* em momento algum exclui as entidades coletivas públicas, dispondo apenas que “são igualmente responsáveis pelas infrações (...) as pessoas coletivas que tenham personalidade jurídica, bem como aqueles que tenham a qualidade de sujeito de direito e sejam titulares de um património autónomo quando a infração foi realizada para o proveito da pessoa coletiva por um órgão, um representante ou qualquer pessoa agindo em seu nome ou que tenha um poder de decisão, de direito ou de facto”.

¹²⁷ Para mais desenvolvimentos ver Albuquerque, Paulo Pinto de (2006) – “A responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. II, p. 641.

¹²⁸ Albuquerque, Paulo Pinto de (2015) – *Comentário do Código Penal... op. cit.*, pp. 93 e 94.

¹²⁹ Neste sentido GERMANO MARQUES DA SILVA em *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009, p. 212 e ss., dizendo que “não há razões para distinguir e excluir a responsabilidade criminal de alguns tipos de sociedades, pelo menos daquelas que são dotadas de um estatuto jurídico análogo ao das sociedades de direito privado”, defendido também por LOPES ROCHA.

As fronteiras entre o público e o privado foram ultrapassadas e a saúde insere-se no quadro das atividades de serviço público que podem ser prestadas, indiferenciadamente, por entidades públicas, privadas ou público-privadas.

Ao analisarmos os diplomas que previam a responsabilidade criminal das pessoas coletivas antes da entrada em vigor da Lei n.º 59/2007, deparamo-nos com a inexistente diferenciação entre entidades públicas e privadas, não sendo estabelecida a limitação agora prevista no art. 11.º/2.¹³¹ Assim, a par da responsabilidade plasmada no art. 11.º do CP, encontramos, em regimes especiais, critérios de responsabilização divergentes, sem qualquer referência expressa à exclusão do Estado e demais entidades de poder público, carecendo a nossa lei de harmonização entre o Código Penal e demais leis extravagantes. A este propósito, julgamos que seria benéfico o legislador unificar, num só regime, todas as leis que versam sobre a responsabilidade criminal das pessoas coletivas, evitando tais disparidades.

Importa clarificar que o legislador, ao optar pela formulação do art. 11.º do CP, deveria ter sustentando a sua posição nos trabalhos preparatórios anteriores à alteração do mesmo. Podemos verificar, na discussão da proposta de Lei n.º 98/X, que o Ministro da Justiça limitou-se a sublinhar como principais orientações da revisão “a responsabilização, de forma geral, das pessoas coletivas” e, ainda, no projeto parlamentar de Lei n.º 239/X, da iniciativa do grupo parlamentar PSD, onde não se fez qualquer alusão a um regime excecional das pessoas coletivas públicas.¹³²

O principal argumento em defesa da exclusão de punibilidade das pessoas coletivas públicas assenta na sua própria natureza e finalidade, pois são criadas para a prossecução do bem comum. A real possibilidade do cumprimento de uma pena de

¹³⁰ Neste sentido JOÃO CASTRO E SOUSA em *As Pessoas Coletivas em face do Direito Criminal e o chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra Editora, 1985, p. 15, nota 1, ao afirmar que “tais medidas não são de aplicar às pessoas coletivas de direito público, já em virtude das particulares funções que desempenham, já por serem tais entes os que determinam as normas que os seus dependentes violariam, já pela incongruência que constituiria punir, por exemplo o Estado, único titular do poder punitivo, pelas ações dos seus órgãos”, indo ao seu encontro também MÁRIO PEDRO MEIRELES em “A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas”, *Julgar*, maio-agosto, nº 5, 2008, p. 124.

¹³¹ Interessante consultar o Ac. do STJ de 27/11/97 e o Ac. do STJ de 25/10/2006, onde nunca foi suscitada qualquer objeção quanto às pessoas coletivas de direito público, referindo que um município pode ser objeto de um processo-crime.

¹³² Salgueiro, Ana Cláudia (2014) – *A Exclusão da Responsabilidade Criminal das Entidades Públicas: (In)constitucionalidade do artigo 11.º, n.º 2 e 3, do Código Penal*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, p. 91.

multa por parte dessas pessoas coletivas públicas acabaria por lesar a própria população, uma vez que o custo seria suportado pelos cofres públicos e, além disso, o Estado passaria a ser um auto-sancionador, pois é ele que detém o *ius puniendi*.¹³³

MARIO MEIRELES e SUSANA AIRES DE SOUSA dizem que aqui pode haver uma “zona livre da punição criminal”, isto porque, a natureza pública da pessoa coletiva seria suficiente para não ser responsabilizada e, por isso, o legislador deveria ter optado por aplicar penas compatíveis com essas entidades públicas, de acordo com a sua natureza, de modo a conseguir coerência e razoabilidade na punição.¹³⁴ Veja-se, por exemplo, o caso dos crimes ambientais, que em situações de repercussão global, os Estados podem ser responsabilizados.

FARIA COSTA chega mesmo a criticar a opção do legislador penal português ao afirmar que “não tem qualquer razão de ser”, pois o exercício de funções públicas sempre constituiu motivo de agravamento da responsabilidade e não a sua exclusão, como se comprova nos crimes cometidos por funcionários.¹³⁵

DAMIÃO DA CUNHA ressalva que, em termos administrativos e constitucionais, existe uma distinção entre Estado e demais pessoas coletivas de direito público/entidades públicas e entidades privadas que exercem poderes públicos, distinção essa que passou ao lado dos olhos do legislador.¹³⁶

A orientação dominante na doutrina admite a exclusão do Estado e demais pessoas coletivas de direito público mas, o caso muda de figura quando se tratam de pessoas coletivas que exerçam prerrogativas de poder público, havendo grande problemática na interpretação daquilo que são “pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público”.

O Estado permanece com um papel regulador ao reafirmar o interesse público das entidades hospitalares, onde o serviço público de saúde pode ser desempenhado quer por entidades públicas, quer por entidades privadas, através de mecanismos de

¹³³ Alves, Núbia (2015) – *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., p. 141.

¹³⁴ Meireles, Mário (2006) – *Pessoas Coletivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, Coimbra Editora, pp. 49-50 e Sousa, Susana Aires de (2012) – *Societas Publica (Non) Delinquere Potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*, disponível em <https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.

¹³⁵ Costa, Faria (2009) – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Coimbra Editora, pp. 247-248.

¹³⁶ Cunha, Damião da (2008) – *O conceito de Funcionário para efeito da lei penal e a “privatização” da Administração Pública. Uma revisão do comentário ao art. 386.º do Código Penal – Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, pp. 77-79.

gestão participada, que vão desde parcerias público-privadas até ao contrato concessório.¹³⁷

Neste âmbito, à primeira vista, dificilmente uma entidade hospitalar, mesmo que se prevesse no elenco do n.º 2 do art. 11.º os crimes negligentes de homicídio e ofensas à integridade física, seria responsabilizada, pois quase todas as entidades hospitalares contam com a intervenção reguladora do Estado.

A este propósito, o Ac. do TRP de 13/06/2018¹³⁸ vem esclarecer-nos acerca das entidades coletivas no exercício de prerrogativas de poder público e qual deverá ser a sua interpretação.

O referido Acórdão elucida-nos que equiparar o conceito de “pessoa coletiva de utilidade pública” ao de “pessoa coletiva no exercício de prerrogativas de poder público” é forçado, pois, no DL n.º 391/2007, que prevê o regime jurídico da declaração de utilidade pública, não contém “a atribuição de quaisquer poderes de autoridade pública às instituições que dele beneficiem”, apenas concedendo “um estatuto especial que lhes permite obter certos benefícios (como por exemplo, isenções fiscais)”.¹³⁹ Acrescentando ainda que “se tivesse sido a opção do legislador fazer essa equiparação, bastava a remissão para uma designação consagrada há dezenas de anos na lei e com regulamentação específica consolidada, o que permitiria a imediata identificação das entidades isentas de responsabilidade penal”.¹⁴⁰

Assim, no que toca à prestação de serviços de saúde, podemos entender que as Entidades Públicas Empresariais (EPE) e as Parcerias Público-Privadas (PPP), ainda que sejam de utilidade pública, não exercem prerrogativas de poder público, podendo as mesmas vir a responder penalmente. A exclusão de responsabilidade prevista no art. 11.º/2 do CP “só é concedida às pessoas coletivas – públicas ou privadas – que, em relação ao concreto ato, tenham atuado no exercício de prerrogativas de poder público, que é como quem diz, de exercício de autoridade pública. Ou seja, o que releva não é a

¹³⁷ Alves, Núbia (2015) - *Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade...* op. cit., p. 152.

¹³⁸ Processo nº 1535/13.0TDPRT.P1, Disponível em <http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/40dac030ee7878d6802582b700380095?OpenDocument>.

¹³⁹ Ac. TRP de 13/06/2018.

¹⁴⁰ *Ibidem*.

utilidade pública da função exercida pela pessoa coletiva – a qualidade do resultado da atuação – mas sim a forma de exercício da sua atividade, dotada de *jus imperi*.”¹⁴¹

Segundo o importante Ac. do TRP de 13/06/2018, “é esta a interpretação que a nosso ver respeita o princípio constitucional da igualdade e se adequa à razão de ser da isenção de responsabilidade criminal. Essa isenção não é uma contrapartida premial que o Estado concede em troca do exercício de funções com utilidade pública. O que a pressupõe é o exercício de autoridade soberana, seja pelo Estado seja por outra entidade qualquer, uma vez que, por definição, ela implica a insusceptibilidade de prática de ações criminosas e a impossibilidade de aplicação de penas”.¹⁴²

Concluindo, entendemos o porquê da exclusão do Estado e das entidades dotadas de *jus imperi*, atuando como garantes do Estado de Direito e, ainda, das organizações internacionais, sendo difícil criar sanções que se compatibilizem com a sua natureza. Não obstante, quando essas mesmas entidades causem danos cujo impacto se reflita globalmente, devem ser pensadas formas de sancionar as mesmas.

Quanto às restantes entidades de utilidade pública, onde se inserem os hospitais e demais estabelecimentos de saúde, os mesmos devem ser responsabilizados pelos seus crimes, desde que desprovidos de prerrogativas de poder público, indo ao encontro do referido Ac. do TRP de 13/06/2018.

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² *Ibidem*.

Parte III - A responsabilidade médica-hospitalar em Portugal

Ressalta da leitura do art. 11.º do CP a inexistência de qualquer previsão relativamente a ofensas contra a vida e integridade física a título negligente por parte de entidades coletivas.

A responsabilidade penal das pessoas coletivas tem vindo a ser desenvolvida pelos países anglo-saxónicos, onde uma pessoa coletiva pode ser acusada de homicídio ou ofensas à integridade física, no caso da morte ou ofensa à integridade da vítima decorrer, por exemplo, de uma violação grave de deveres relevantes de cuidado por parte da organização.

Em Portugal, os hospitais, como pessoas coletivas, não conhecem a responsabilidade penal direta, apenas podendo responder no foro criminal os seus órgãos ou representantes (responsabilidade por substituição ou representação). Ainda assim, não estão incluídos nenhuns dos crimes previstos pelos arts. 131.º e ss. e 143.º e ss. do CP. Mesmo os arts. 152.º-A e 277.º do CP, que podem ser aplicados a pessoas coletivas e que poderiam abranger lesões sofridas por um doente no hospital devido à não instalação de equipamentos de segurança, por exemplo, não têm qualquer valia neste contexto, pois não se referem a pessoas internadas, mas apenas a trabalhadores ou às vítimas de construções deficientes.¹⁴³

Contamos com a existência de decisões proferidas nos tribunais portugueses¹⁴⁴ quanto a danos emergentes da prestação de cuidados de saúde em estabelecimentos públicos, contudo, estes apenas são tratados no foro administrativo, ainda que os factos pudessem integrar infrações criminais e serem julgados sob a alçada do direito penal, embora apenas no que concerne às pessoas singulares, já que nesta matéria ainda não existe, em Portugal, a possibilidade de imputar tal responsabilidade, a título de negligência, aos entes coletivos.¹⁴⁵

Assim, e à semelhança da Lei n.º 67/2007, defendemos que seria de louvar a consagração, no CP, da responsabilidade direta da pessoa coletiva através da culpa funcional ou de serviço, pois de outra forma, a responsabilidade das entidades

¹⁴³ Faria, Paula sobre a Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas no Âmbito da Prestação de Cuidados de Saúde em Santos, Manuel Simas (2016) – *op. cit.*, p. 980.

¹⁴⁴ Ac. do STA de 20-02-2002; Ac. do STA de 09-03-1999; Ac. do STA de 18-10-2000.

¹⁴⁵ Rodrigues, Álvaro da (2013) – *A Negligência Médica Hospitalar...* *op. cit.*, pp. 369-370.

prestadoras de serviços de saúde cai no vazio.¹⁴⁶ Além disso, deve ser suprida a omissão constante no art. 11.º/2 quanto à não criminalização dos crimes negligentes de homicídio e de ofensas à integridade física.

¹⁴⁶ Veja-se o caso do ordenamento jurídico francês, onde está prevista a responsabilidade direta das próprias entidades hospitalares, como entidades coletivas, devido à deficiente organização do serviço, incluindo casos de criação ou incremento de risco não permitido e violação do dever objetivo de cuidado. Para mais desenvolvimentos consultar Rodrigues, Álvaro (2013) – *A Negligência Médica Hospitalar... op. cit.*, pp. 370-372.

Conclusão

A terminar este percurso à volta do âmbito do art. 11.º do CP, com particular destaque para a falta de consagração de crimes negligentes, como os de homicídio e ofensas à integridade física, cumpre-nos agora proceder às considerações finais sobre o tema em análise.

A saúde é um direito fundamental ao qual estão ligados bens jurídicos de máxima importância, como a vida e a integridade física.

À prática de cuidados de saúde estão associados certos riscos, que todavia são riscos considerados permitidos.

Por contraposição aos riscos permitidos, não é possível deixar passar em branco riscos que, não sendo permitidos, potenciam e originam lesões à vida e integridade física das pessoas, decorrentes da falta de cuidado daqueles que assumem uma posição de garante e de controlo dentro duma entidade hospitalar. Assim, quando uma entidade coletiva – hospital, no caso concreto – falhe na sua organização, através de deficiências estruturais ou condutas negligentes que levaram a um resultado danoso para o utente, fugindo às boas práticas que caracterizam uma política de gestão de riscos, esta deve ser censurada e penalizada pela violação objetiva do dever de cuidado que lhe era exigível.

O rol de crimes do n.º 2, do art. 11.º do CP, traduz-se apenas numa resposta às orientações comunitárias, no sentido em que o legislador se limitou a tipificar as condutas que foram tratadas no âmbito da EU, esquecendo-se de outros crimes, igualmente carecidos de consagração penal, no que diz respeito às pessoas coletivas. Mas este aspeto não foi o único que passou ao lado do legislador. Podemos constatar outras incongruências relativamente aos demais diplomas que preveem a responsabilidade penal das pessoas coletivas, como por exemplo, o que se refere à procriação medicamente assistida, consubstanciando uma disparidade entre o regime geral do CP e outras leis extravagantes e, ainda, no que se prende ao processo penal das pessoas coletivas, visto que o mesmo continua a não pensar de forma eficaz e suficientemente regulada os casos em que o arguido é uma pessoa coletiva.

A exceção das pessoas coletivas de direito público do âmbito do art. 11.º e a interpretação dessa mesma exceção tornou-se num problema, desde logo, porque várias são as opiniões sobre aquilo a que se pode chamar “pessoa coletiva no exercício de

prerrogativas de poder público”, problema este agravado pela falta de coerência sistemática no ordenamento penal, visto que diversas pessoas coletivas excecionadas no âmbito do direito primário podem responder criminalmente no âmbito do direito secundário.

Entendemos, desta forma, que não é sensato equiparar pessoas coletivas de utilidade pública a pessoas coletivas no exercício de prerrogativas de poder público pois, umas são dotadas de *jus imperi* (as entidades no exercício de prerrogativas de poder público, *i.e.*, autoridade pública) e outras não (as entidades de utilidade pública). Nesta linha, apenas os hospitais do Estado e hospitais aos quais está associado o dito *jus imperi* ficam isentos de punição, não sendo passível e compreensível o mesmo acontecer com os restantes hospitais de utilidade pública.

Defendemos a adoção de um princípio de culpa funcional ou de serviço – à semelhança do DL n.º 67/2007 – porque a responsabilidade da pessoa coletiva assenta num princípio de analogia com a pessoa singular e também pode ser censurada autonomamente pelas suas condutas, tornando-se muito difícil discernir, em virtude da complexa estrutura organizativa da pessoa coletiva, qual o órgão cuja atuação foi determinante para a consumação do crime e, assim sendo, seria impossível punir o ente coletivo por falha do critério de imputação consagrado no art. 11.º, n.º 2, als. a) e b) do CP.

Apelamos a uma maior atenção por parte do legislador penal relativamente à formulação e alcance do preceituado art. 11.º, pois consideramos existir uma certa falta de lógica entre a punição de alguns crimes nele consagrados e a sua omissão relativamente a outros, que são de tão grande interesse e importância.

Preocupa-nos a falta de profundidade com que se tratam os crimes de ofensas à integridade física negligentes e homicídio negligente, tendo em conta o peso dos valores jurídicos que os mesmos pretendem proteger e a real possibilidade destes serem praticados em contexto empresarial, *i.e.*, por pessoas coletivas.

Bibliografia

Albuquerque, Paulo Pinto de – “A responsabilidade criminal das pessoas coletivas ou equiparadas”, *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 66, vol. II, 2006.

Albuquerque, Paulo Pinto de – *Comentário do Código Penal à luz da Constituição da República Portuguesa e da Convenção Europeia dos Direitos do Homem*, 3ª Edição atualizada, Universidade Católica Editora, 2015.

Alves, Patrícia Silva – *Aplicação das Medidas de Coação às Pessoas Coletivas*, Tese de Mestrado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa, 2013.

Andrade, Manuel da Costa – “«Bruscamente no Verão Passado»: A reforma do Código de Processo Penal – Observações críticas sobre uma lei que podia e devia ter sido diferente”, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 137, n.º 3950, 2008.

Brito, Teresa Quintela – “Responsabilidade criminal dos entes coletivos. Algumas questões em torno da interpretação do Art. 11.º do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, XX, 2010.

Comentário Conimbricense do Código Penal, dirigido por Figueiredo Dias, Tomo I, Coimbra Editora, 1999. Citado como CCCP.

Comentário Conimbricense do Código Penal, Parte Especial, Tomo I, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2012. Citado como CCCP.

Comparticipação, Pessoas Coletivas e Responsabilidade: 11 estudos de direito penal e direito de mera ordenação social, coordenação de Teresa Pizarro Beleza e Frederico Lacerda da Costa Pinto, Almedina, 2015.

Canotilho, J.J. Gomes – *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª Edição, Almedina, Coimbra, 2003.

Costa, José de Faria – “A responsabilidade jurídico-penal da empresa e dos seus órgãos (ou uma reflexão sobre a alteridade nas pessoas coletivas à luz do Direito Penal)”, *Direito Penal Económico e Europeu – Textos doutrinários*, vol. I (Problemas Gerais), Coimbra Editora, 1998.

Costa, José de Faria – *Direito Penal Económico*, Quarteto, 2003

Costa, José de Faria – *Noções Fundamentais de Direito Penal*, Coimbra Editora, 2009.

Cunha, Damião da – *O conceito de Funcionário para efeito da lei penal e a “privatização” da Administração Pública. Uma revisão do comentário ao art. 386.º do Código Penal – Comentário Conimbricense do Código Penal*, Coimbra Editora, 2008.

Curso Complementar de Direito da Saúde: responsabilidade civil, penal e profissional, Centro de Estudos Judiciários, Coleção Ações de Formação, Lisboa, 2013.

Dias, Jorge de Figueiredo – *Direito Penal, Tomo I. Questões fundamentais. A doutrina geral do crime*, 2ª Edição, Coimbra Editora, 2007.

Dias, Jorge de Figueiredo – “Para uma dogmática do direito penal secundário”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3714, pp. 263 e ss. e n.º 3720.

Dias, Jorge de Figueiredo – “Para uma dogmática do direito penal secundário”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, vol. I, Coimbra Editora, 1998.

Estorninho, Maria João – *Organização Administrativa da Saúde*, Almedina, Coimbra, 2008.

Faria, Maria Paula Ribeiro de – *A Adequação Social da Conduta no Direito Penal ou o Valor dos Sentidos Sociais na Interpretação da Lei Penal*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2005.

Faria, Maria Paula Ribeiro de – *Formas Especiais do Crime*, Universidade Católica Editora, Porto, 2017.

Faria, Maria Paula Ribeiro de – “O Erro em Medicina e o Direito Penal”, *Lex Medicinæ - Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, ano 7, n.º 14, julho/dezembro, 2010.

Fidalgo, Sónia – *Responsabilidade Penal por Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Centro de Direito Biomédico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

Germano Marques da Silva – *Responsabilidade Penal das Sociedades e dos Seus Administradores e Representantes*, Editorial Verbo, 2009.

Godinho, Sara Cristina Ramos – *Avaliação do Impacto do Modelo SA no Desempenho Hospitalar*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade de Aveiro, Aveiro, 2008.

Sousa, João Casto e – *As Pessoas Coletivas em face do Direito Criminal e o chamado “Direito de Mera Ordenação Social”*, Coimbra Editora, 1985.

Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias, Coimbra Editora, 2003.

Marta, João Miguel dos Santos – *Da Admissibilidade da Responsabilidade Criminal das Pessoas Coletivas e Equiparadas por Cumplicidade no Direito Penal Português*, Tese de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2015.

Meireles, Mário Pedro – “A responsabilidade penal das pessoas coletivas ou entidades equiparadas na recente alteração ao código penal ditada pela lei n.º 59/2007, de 4 de setembro: algumas notas”, *Julgar*, maio-agosto, nº5, 2008.

Meireles, Mário Pedro – *Pessoas Coletivas e Sanções Criminais: Juízos de Adequação*, Coimbra Editora, 2006.

Mendes, Paulo Sousa – “A responsabilidade de pessoas coletivas no âmbito da criminalidade informática em Portugal”, *Direito da Sociedade da Informação*, IV, Coimbra Editora, 2003.

Moreia, Iris Cristina de Oliveira – *A Introdução de Mecanismos de Competição e o Quadro Legal Básico do Sistema de Saúde Português: A perspectiva hospitalar*, Tese de Mestrado em Gestão de Saúde apresentada à Escola Nacional de Saúde Pública da Universidade Nova de Lisboa, Lisboa, 2009.

Pacheco, Daniela Filipa Coelho – *A Violação do Dever de Cuidado no âmbito da Relação Médico-Paciente*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014.

Pereira, André Gonçalo Dias – *Direitos dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Dissertação de Doutoramento apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2012.

Reis, Célia Maria de Sá – *Modelos de Gestão Hospitalar (análise comparativa)*, Tese de Mestrado em Gestão e Organização dos Serviços de Saúde apresentada à Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, Coimbra, 2011.

Rocha, Manuel António Lopes – “A responsabilidade penal das pessoas coletivas – novas perspectivas”, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, Vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes – *A Negligência Médica Hospitalar na Perspectiva Jurídico-Penal – Estudo sobre a responsabilidade criminal médico-hospitalar*, Almedina, 2013.

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes – *Da Responsabilidade Médica em Direito Penal – Estudos sobre os pressupostos sistemáticos*, Almedina, 2007.

Rodrigues, Álvaro da Cunha Gomes – “Reflexões em torno da responsabilidade civil dos médicos”, *Direito e Justiça*, Vol. XIV, Tomo III, 2000.

Silva, Germano Marques da – “Responsabilidade penal das pessoas coletivas: Alterações do Código Penal introduzidas pela Lei n.º 59/2007, de 4 de setembro”, *Revista do CEJ*, nº 8 (especial), 1.º Sem., 2008.

Salgueiro, Ana Cláudia – “A Exclusão da Responsabilidade Criminal das Entidades Públicas – inconstitucionalidade do art. 11.º, n.º 2 e 3, do Código Penal”, *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, 24, Coimbra Editora, 2014.

Salgueiro, Ana Cláudia – *A Exclusão da Responsabilidade Criminal das Entidades Públicas: (In)constitucionalidade do artigo 11.º, n.º 2 e 3, do Código Penal*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2014.

Santos, Manuel Simas – *Liber Amicorum*, Editora Letras e Conceitos, 2016.

“Theories for Imposing Liability Upon Hospitals for Medical Malpractice: Ostensible Agency and Corporate Liability”, *William Mitchel Law Review*, 1985, Vol. 11: Iss. 2, Article 9.

Vervaele, John A. E. – *The Implementation of the Corpus Iuris in the Member States: Penal Provisions for the Protection of European Finances*, 4 volumes, Intersentia, 2000.

Viana, Inês Leite Menezes Pinto – *Critérios de Apuramento da Negligência no Exercício da Medicina em Equipa*, Tese de Mestrado apresentada à Universidade Católica Portuguesa, Porto, 2012.

Consulta na internet

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 213/95 em

http://www.pgdlisboa.pt/jurel/cst_busca_actc.php?ano_actc=1995&numero_actc=213/95

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 13-06-2018 em

<http://www.dgsi.pt/jtrp.nsf/56a6e7121657f91e80257cda00381fdf/40dac030ee7878d6802582b700380095?OpenDocument>

Consultation Paper on Corporate Killing (LRC CP 26-2003), IRELAND, *The Law Reform Commission 2003*, disponível em

https://www.lawreform.ie/_fileupload/consultation%20papers/cp26.htm?fbclid=IwAR3YavdsFytTJsa8GRfrffmdV3bjQIWxMGhdxioH1p56T7JJ3l8chtAqs6c.

Ministério da Saúde (2010) – *A Organização Interna e a Governação dos Hospitais*, Junho, p. 27, disponível em

<https://www.spmi.pt/pdf/RelatorioFinalGTHospitaisVersaoFinal2.pdf>.

National Law Review, disponível em

www.natlawreview.com/article/corporate-negligence-medical-malpractice.

Público, disponível em

<https://www.publico.pt/2018/05/21/sociedade/entrevista/saude-este-ano-o-numero-de-reclamacoes-devera-ultrapassar-as-110-mil-1830777>;

Relatório de 2017 da ERS, disponível em

https://www.ers.pt/uploads/writer_file/document/2231/Relat_rio_RECS_2017.pdf.

Segarra, Gabriela – *Um Olhar mais Constitucional para o Imbróglio da Responsabilidade Penal das Pessoas Coletivas: a problemática do princípio da culpabilidade*, disponível em

<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/944/649>;

Serviço Nacional de Saúde, disponível em
<https://www.sns.gov.pt/sns/servico-nacional-de-saude/>

Simões, Ascenso (2018) in *Público*, disponível em
<https://www.publico.pt/2018/01/24/sociedade/opiniaio/da-saude-que-temos-e-da-saude-que-podemos-ter-1798576>.

Simões, Nátália Macarenhas – *Responsabilidade penal da pessoa coletiva: O ordenamento jurídico português e o brasileiro*, disponível em
<https://jus.com.br/artigos/14682/responsabilidade-penal-da-pessoa-coletiva>.

Sousa, Susana Aires de (2012) – *Societas Publica (Non) Delinquere Potest: reflexões sobre a irresponsabilidade dos entes públicos no ordenamento jurídico português*, disponível em
<https://apps.uc.pt/mypage/files/susanaas/675>.